

## LO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO E LA TUTELA COMPLESSA DEI DIRITTI

Maria Elisa D'Amico  
Università degli Studi di Milano  
marilisa.damico@unimi.it

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Il dato: la consistenza delle questioni costituzionalmente rilevanti nello spazio giudiziario europeo. – 2.1. Il crocifisso nelle aule scolastiche. – 2.2. La fecondazione medicalmente assistita. – 2.2.1. La fecondazione c.d. eterologa. – 2.2.2. L'accesso alle tecniche assistite. – 2.2.3. La libertà di ricerca sugli embrioni. – 2.3. Le coppie omosessuali. – 2.3.1. Il matrimonio omosessuale. – 2.3.2. La sentenza di condanna della Corte Europea nel caso *Oliari e altri c. Italia*. – 2.3.3. Le questioni ancora aperte: l'adozione da parte di coppie omosessuali. – 2.4. Il cognome materno. – 2.5. La surrogazione di maternità. – 2.6. L'obiezione di coscienza nell'interruzione volontaria di gravidanza. – 2.7. Il principio di legalità penale tra diritto interno e diritto internazionale: il c.d. caso Berlusconi. – 2.8. I diritti dei detenuti e il sovraffollamento carcerario: prove di dialogo a partire dalla sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*. – 3. Un'analisi dal punto di vista degli strumenti di tutela. – 4. Lo spazio nel processo: diversi motivi per agire congiuntamente. – 5. La concretezza dinanzi al giudice: le potenzialità del Comitato Europeo dei Diritti Sociali. – 6. I problemi aperti. – 7. I giudici e la "forza dei diritti".

### 1. Introduzione.

Mai come negli ultimi anni, e in occasione di importanti ricorrenze<sup>1</sup>, l'idea stessa di Europa<sup>2</sup> è stata percepita come profondamente in crisi,

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla celebrazione dei sessant'anni dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea. Per un commento, si vedano Ruggeri A., 2017; Lippolis V., 2017. Più in generale, sul tema del percorso di integrazione europea, si vedano Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A., 2014.

<sup>2</sup> Sulla trama storica complessa che fa da sfondo all'Europa e sul posto specifico del diritto, cfr. le illuminanti considerazioni di Grossi P., 2007, p. 3 ss.; e, anche, Padoa Schioppa A., 2002, p. 61 e ss.

quasi in dissoluzione. Un evento come la Brexit, le cui conseguenze sono ancora tutte da verificare e, soprattutto, l'incapacità di fare fronte a drammi epocali, come quello dei migranti, che impattano sul principio che ha spinto i popoli europei a unirsi, e cioè l'aspirazione a garantire la dignità delle persone, stanno a dimostrare la debolezza dell'Unione europea, la sua distanza rispetto ai suoi popoli, ai suoi cittadini<sup>3</sup>.

Per un costituzionalista si prospetta il peso di una responsabilità maggiore: non essere riuscito a far capire fino in fondo l'importanza di giungere non solo alla scrittura di una Costituzione europea, ma soprattutto alla sua condivisione e dunque alla sua adozione da parte dei popoli dell'Unione<sup>4</sup>.

Il periodo successivo all'unificazione monetaria, pur avendo avuto il merito di condurre all'adozione di una Carta dei diritti fondamentali è stato contrassegnato dal fallimento dell'introduzione di un vero e proprio Trattato costituzionale: qualcosa di molto simile a una Costituzione, venuto meno dopo l'esito negativo dei referendum francese e olandese. Come è noto la successiva adozione del Trattato di Lisbona, nonostante l'ampia convergenza su alcuni aspetti importanti, non ha guarito quella frattura creata fra la realizzazione dell'unione monetaria, da un lato, e l'incapacità di una trasformazione istituzionale adeguata, dall'altro<sup>5</sup>.

Ora che i nodi stanno venendo al pettine, uno dei profili più scoperti rimane quella della mancata unificazione dal punto di vista della difesa comune, da un lato, e dello spazio giudiziario europeo, dall'altro. Mentre il primo, dipendendo dalla politica, mostra fino in fondo la sua inadeguatezza, non altrettanto può dirsi del secondo.

L'art. 47 (*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*) della Carta dei diritti fondamentali era stato sicuramente scritto con l'obiettivo

---

<sup>3</sup> Sulle problematiche sottese, si veda innanzitutto Caravita B., 2017, oltre ai numerosi contributi sul tema reperibili nella medesima rivista [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); si v. inoltre Martinelli C. (ed.), 2017.

<sup>4</sup> Per una analisi delle esigenze di una Costituzione europea non è possibile prescindere dalle considerazioni fondamentali di Weiler J.H.H., 1995, pp. 219-258. Sul progetto costituzionale dell'Unione si rinvia inoltre alle riflessioni di Pizzorusso A., 2002, e alle considerazioni di Cartabia M., 2005a, p. 582 ss., e Cartabia M., 2005b, p. 33 ss.; D'Amico M., 2009.

<sup>5</sup> Si vedano Bilancia P., D'Amico M. (eds.), 2009, e i saggi ivi contenuti, in particolare, Ziller J., 2009, p. 27 ss.

di creare un processo comune, istituti comuni, maggiori convergenze<sup>6</sup>. Sotto questo profilo, in questi anni, molto poco è stato fatto e tante sono le occasioni perdute. Tuttavia, e grazie all'opera congiunta delle Corti e della dottrina, possiamo constatare che, sostanzialmente, uno spazio giudiziario comune esiste. Esiste ed è anche ben strutturato<sup>7</sup>.

Scopo di questo saggio è quello di riflettere su tale fenomeno, alla luce dell'analisi di casi importanti, che investono gli aspetti più rilevanti della vita dei cittadini e non cittadini europei.

Il saggio sarà dunque strutturato in due parti: la prima, dedicata ad una puntuale analisi dei casi giurisprudenziali improntata a metterne in rilievo tutti gli elementi fattuali, processuali e sostanziali salienti, ed una seconda, volta invece a trarre da tale indispensabile esame gli aspetti ricorrenti, in modo da offrire una visione critica del fenomeno nel suo insieme.

## *2. Il dato: la consistenza delle questioni costituzionalmente rilevanti nello spazio giudiziario europeo.*

Un dato che non può essere messo in discussione, ormai, è che negli ultimi anni le più importanti questioni che toccano i diritti fondamentali e la loro consistenza varcano i confini nazionali e si immergono in una realtà più complessa, che, da un lato, riesce ad ampliare lo spazio di tutela, dall'altro, raramente, garantisce in via autonoma risposte univoche e soddisfacenti.

Un'analisi delle principali questioni che hanno coinvolto i nostri giudici nazionali e quelli europei rende palese questa affermazione.

Si tratta di questioni che toccano il principio di laicità, il rapporto fra diritto e scienza, la consistenza di problemi cruciali come quelle che riguardano l'inizio e la fine della vita, da un lato, e il principio di autodeterminazione, la parità dei diritti fra uomo e donna, i diritti delle persone lgbti, i diritti dei non cittadini, non solo sul piano individuale, ma anche su quello familiare, la natura del principio di legalità penale, come espressione di principi che coinvolgono la dignità delle persone, i diritti delle persone più

---

<sup>6</sup> A commento di questa disposizione sia consentito il rinvio alle mie osservazioni in Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (eds.), 2001.

<sup>7</sup> A questo proposito, Cartabia M., 2015, p. 29 ss., Cartabia M., 2010, p. 221 ss.; Ruggeri A., 2016, p. 1 e ss.; Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L., 2016.

deboli e fragili, come quelle con disabilità o quelle che si trovano in carcere.

Tutti questi dilemmi cruciali anche per il giurista, a cui lo Stato nazionale raramente riesce a dare risposte univoche e lineari, soprattutto con lo strumento della legge, sono stati posti e affrontati non solo a livello interno, ma anche sul piano europeo. Sono stati quindi i giudici, in prima linea, in una trama complessa di rapporti anche con la politica e i legislatori nazionali, a tentare di dare soluzioni, sia pure imperfette e parziali<sup>8</sup>.

Di seguito farò una breve analisi delle questioni principali, necessaria per comprendere la vastità e la complessità delle stesse.

### *2.1. Il crocifisso nelle aule scolastiche.*

La prima vicenda riguarda l'affissione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, prevista in Italia alla luce di due regolamenti statali che considerano il crocifisso quale arredo scolastico.

Si ricordi, sul punto, che la questione dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è stata affrontata, dapprima, dai giudici italiani.

A seguito dell'ordinanza di rimessione del Tar del Veneto, la Corte costituzionale<sup>9</sup> si è pronunciata per l'inammissibilità della questione, accertata la natura regolamentare delle norme che impongono l'esposizione del crocifisso, rispetto alle quali non si può esplicitare il sindacato di costituzionalità. In seguito all'ordinanza della Corte, poco soddisfacente perché non aveva deciso nel merito della questione, si è pronunciato il Tar<sup>10</sup> che non ha riscontrato il contrasto tra l'obbligo di esposizione del crocifisso e il principio di laicità, sull'assunto, essenzialmente, che il crocifisso è un simbolo non solo religioso, ma anche storico e culturale, espressione della tradizione culturale italiana ed esso stesso espressione del principio di laicità. In modo sostanzialmente adesivo, si è espresso successivamente il Consi-

---

<sup>8</sup> D'Amico M., 2016a.

<sup>9</sup> Corte cost., ord. n. 389 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4280 e ss., con note di Pugiotto A., 2005, p. 85 e ss.; Lariccia S., 2004, p. 4287 e ss.

<sup>10</sup> Tar Veneto, sentenza n. 1110 del 22 marzo 2005, con nota di Veronesi P., 2005; Fiorita N., 2005.

glio di Stato<sup>11</sup>, decidendo sul ricorso avverso la sentenza del giudice amministrativo di primo grado.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in una prima pronuncia, *Lautsi e altri c. Italia*<sup>12</sup>, condanna invece l'Italia, ritenendo che l'esposizione del crocifisso in un'aula scolastica non fosse rispettosa del principio di laicità inteso in senso negativo, o, per dirla diversamente, "alla francese". Tale visione era conforme alla sua copiosa giurisprudenza sul velo islamico, nella quale erano stati assolti stati come la Francia e la Turchia che imponevano l'obbligo di non indossare il velo nello spazio pubblico.

Il Governo italiano, intervenuto nel giudizio dinanzi alla Grande Camera, aveva sostenuto invece la tesi del crocifisso quale simbolo culturale, la cui esposizione non si pone in contrasto con le sensibilità religiose di quanti non aderiscono alla religione cristiana, perché portatore di un significato neutro da un punto di vista religioso.

La Corte Europea, in sede di riesame dinanzi alla Grande Camera<sup>13</sup>, ribaltando la propria pronuncia e quindi assolvendo l'Italia, non sposa completamente questa impostazione, qualificando il crocifisso come simbolo religioso: e tuttavia, dice la Corte, si tratterebbe di un simbolo "passivo" non atto a proselitismo attraverso la semplice esposizione e come tale non offensivo di sensibilità religiose diverse<sup>14</sup>.

La Corte Europea, in ogni caso, pur esprimendosi a favore dell'esposizione del crocifisso nelle scuole italiane, ribadisce, in via di principio, l'autonomia delle singole visioni nazionali resa possibile dalla presenza di un margine di apprezzamento riservato agli Stati nella regolamentazione della materia oggetto del suo sindacato.

---

<sup>11</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 556 del 13 febbraio 2006, con commenti di Lagrotta I., 2006, p. 1 e ss.

<sup>12</sup> Corte EDU, *Lautsi e altri c. Italia*, n. 30814/06, Seconda Sezione, 3 novembre 2009.

<sup>13</sup> Pronuncia del 18 marzo 2011. A commento della vicenda, si vedano Mancini S., 2011, p. 425 e ss.; Pinelli C., 2011; Ruggiu I., 2011; della vicenda si occupa anche il volume di Rescigno F. (ed.), 2016, p. 299 e ss. Nell'ambito della letteratura internazionalista, si rinvia, tra i molti, a Itzcovich G., 2013, p. 287 e ss.; Zucca L., 2012, p. 218 e ss.; Temperman J. (ed.), 2012.

<sup>14</sup> Per una analisi di questa soluzione, con riflessioni estese anche a considerazioni di natura comparata, v. Vanoni L. P., 2013.

## 2.2. *La fecondazione medicalmente assistita.*

La seconda vicenda riguarda la fecondazione medicalmente assistita.

In questa materia, le questioni che emergono e che pongono in rilievo il rapporto fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono molteplici e hanno investito tre principali criticità della legge n. 40 del 2004.

A livello introduttivo, pare necessaria una breve ricostruzione del complesso susseguirsi di pronunce. Sotto un primo profilo, vi è la questione ormai risolta da entrambe le Corti in merito al divieto di fecondazione eterologa (come vedremo, la prima si è pronunciata con la sentenza n. 162 del 2014 sul divieto italiano, la seconda si è espressa invece sull'analogo divieto austriaco con la sentenza *S.H. e altri c. Austria*).

In secondo luogo, si pone la questione del divieto di accesso alle tecniche assistite per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi patologie geneticamente trasmissibili, la cui irragionevolezza è stata dapprima accertata dalla Corte Europea (sentenza *Costa e Pavan c. Italia*) e successivamente anche dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 96 del 2015, e poi confermata con la sentenza n. 229 del 2015.

Da ultimo, vi sono le due pronunce, rispettivamente della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso *Parrillo c. Italia*) e della Corte costituzionale (sentenza n. 84 del 2016) relative ai limiti posti dalla legge n. 40 alla libertà di ricerca scientifica sugli embrioni umani.

### 2.2.1. *La fecondazione c.d. eterologa.*

Nella vicenda relativa alla fecondazione di tipo eterologo, come è noto, si è assistito a un complesso intreccio delle questioni e delle decisioni di entrambe le Corti<sup>15</sup>.

Da un lato, la prima pronuncia<sup>16</sup> della Corte Europea che aveva riconosciuto la violazione della Convenzione Europea da parte dell'Austria ha ispirato la decisione dei giudici comuni italiani di sollevare la questione relativa all'analogo divieto previsto dalla legge n. 40 del 2004 alla Corte costituzio-

---

<sup>15</sup> Si vedano le osservazioni più approfondite svolte in D'Amico M., Liberali B. (eds.), 2012a, e D'Amico M., Liberali B. (eds.), 2012b.

<sup>16</sup> Corte EDU, [], *S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, 1° aprile 2010.

nale. Dall'altro lato, la successiva sentenza<sup>17</sup> della Grande Camera della Corte Europea sul medesimo caso e di segno opposto (*S.H. e altri c. Austria*) ha indotto la Corte costituzionale dapprima a rinviare la propria data di udienza pubblica e successivamente a restituire la questione ai giudici remittenti affinché procedessero alla necessaria rivalutazione della questione in ragione dell'intervento della stessa sentenza della Grande Camera, accostata dunque da questo punto di vista allo *ius superveniens* (ordinanza n. 150 del 2012<sup>18</sup>).

I tre giudici remittenti hanno provveduto a risollevare la questione di legittimità costituzionale e la Corte costituzionale, in relazione ai soli parametri interni e dunque ritenendo assorbito il profilo relativo all'art. 117, primo comma, Cost. (profilo per la verità sollevato soltanto dal Tribunale di Milano) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, terzo comma, della legge n.40 che poneva il divieto di donazione dei gameti esterni alla coppia con la decisione n. 162 del 2014.

La pronuncia risulta importante per il ragionamento svolto dal giudice costituzionale su temi complessi come la libertà di autodeterminazione delle persone in ordine alle scelte procreative e il diritto alla salute, nonché per l'attenzione posta dalla Corte al tema delle discriminazioni economiche, mentre viene dichiarato assorbito il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., nonostante la citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo avesse costituito, nel 2012, ragione di restituzione degli atti ai giudici remittenti<sup>19</sup>. Da rilevare anche la ricerca da parte del Giudice costituzionale di ricostruire il quadro normativo già vigente a seguito della sua pronuncia, quadro che avrebbe dovuto rendere praticabile immediatamente la tecnica. Questo profilo si è rivelato in seguito particolarmente critico, a riprova che il giudice costituzionale non "può fare da solo"<sup>20</sup>.

Emblematico dunque questo caso, che vede rappresentato oltre al rapporto fra Giudice costituzionale e Giudice europeo nella costruzione so-

<sup>17</sup> Corte EDU, [GC], *S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, 3 novembre 2011. A commento, Nardocci C., 2011, p. 1 e ss.; Liberali B., 2012, p. 1 e ss.

<sup>18</sup> Per considerazioni su questo profilo, messo in relazione al rapporto tra Corte costituzionale e Corte edu, si v. Ruggeri A., 2012; Malfatti E., 2012.

<sup>19</sup> Sul punto si v. le considerazioni di Ruggeri A., 2014; Nardocci C., 2014a, p. 112 ss.

<sup>20</sup> Su tali profili D'Amico M., 2016b, p. 9 ss.

stanziale dei diritti fondamentali, uno spazio giudiziario di reciproca influenza, in cui la CEDU ha svolto sicuramente un ruolo chiave, nonostante l'assorbimento dell'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza che dichiara l'incostituzionalità del divieto, anche sul piano dei tempi dei giudizi e dal punto di vista dei rimedi processuali degli attori.

A questo proposito l'interrogativo che il costituzionalista deve porsi da un punto di vista sistematico, per una visione matura del funzionamento del sistema di tutela dei diritti, attiene alla possibile influenza dei giudizi delle due Corti e alla collocazione del "diritto all'ultima parola", nel caso assumano decisioni discordanti.

### *2.2.2. L'accesso alle tecniche assistite.*

Per quanto concerne il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita, come è noto, nella sua versione originaria la legge n. 40 richiedeva che potessero accedervi solo coppie eterosessuali, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile, i cui membri fossero entrambi viventi. Inoltre, la legge n. 40 richiedeva che il ricorso alle tecniche fosse subordinato alla mancanza di altre metodiche idonee a superare i problemi legati alla sterilità o infertilità.

In questa prospettiva, dunque, le coppie che risultavano in condizione di procreare naturalmente non potevano ricorrere alla fecondazione assistita.

Profili di indubbia criticità, quindi, si sono posti in relazione alla posizione di quelle coppie che, pur non essendo né sterili né infertili, risultavano portatrici di gravi malattie genetiche. La materia peraltro si presentava connessa alla più ampia questione relativa alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto. Se pure ormai si deve ritenere del tutto legittimo l'esame diagnostico preimpianto per le coppie che hanno accesso alle tecniche assistite di riproduzione maggiori profili di problematicità sorgevano in relazione alla liceità del medesimo esame con riguardo alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, alle quali proprio il mancato accesso alle tecniche assistite impediva di fatto questa possibilità.

Il tema è stato dapprima oggetto di un'importante pronuncia della Corte



Europea dei Diritti dell'Uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>21</sup>, in cui, il giudice di Strasburgo, accertando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ha riconosciuto l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano che, da un lato, impedisce l'accesso all'esame per questa categoria di coppie e dall'altro lato, consente – per le stesse ragioni – l'interruzione volontaria di gravidanza.

Sulla medesima questione e dopo qualche intervento discordante dei giudici comuni taluni addirittura in favore della diretta applicabilità del "giudicato" convenzionale<sup>22</sup>, successivamente, si è espressa anche la Corte costituzionale con una decisione di illegittimità costituzionale (sent. n. 96 del 2015) che ha investito gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, "nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche"<sup>23</sup>.

Si trattava questa volta, con specifico riferimento al rapporto fra le due Corti, di un caso che riguardava direttamente l'Italia e rispetto al quale si chiedeva al Giudice costituzionale di compiere uno scrutinio di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 117, comma primo, Cost., laddove impone allo Stato il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

Interessante, nella prospettiva che qui ci occupa, è sicuramente l'esito delle due pronunce, che convergono nel senso dell'accertamento di un'in-

---

<sup>21</sup> Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 54270/10, 28 agosto 2012, con note di Tripodina C., 2013, p. 923 e ss.; Nardocci C., 2013, p. 1 e ss.

<sup>22</sup> Il riferimento è alle due soluzioni opposte avallate dal Tribunale di Roma che, in una prima decisione (ordinanza, 23 settembre 2012, con nota di Ruggeri A., 2013, p. 1 e ss.) disapplica la legge n. 40 del 2004 in esecuzione della sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in due successive (gennaio e febbraio 2014), rimette la questione di legittimità costituzionale al Giudice costituzionale. All'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma si è poi affiancata l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano (marzo 2015).

<sup>23</sup> Per considerazioni circa la nozione di "apposite strutture pubbliche" e la attuazione della pronuncia, in assenza di un intervento legislativo, v. Pellizzone I., 2015.

compatibilità di fondo di simile divieto con le due Carte, ma si staglia anche sullo sfondo una tendenza del Giudice costituzionale a non coinvolgere nel suo scrutinio il riferimento alla dimensione sovranazionale di tutela dei diritti.

In questo caso, infatti, come peraltro già nella sentenza n. 162 del 2014 in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, l'art. 117, comma primo, Cost. viene assorbito senza rivestire quella centralità che il confronto con la concorde giurisprudenza della Corte di Strasburgo avrebbe potuto conferirgli. E, tuttavia, nel ragionamento del Giudice costituzionale si scorge una sovrapposizione con gli argomenti addotti dalla Corte di Strasburgo specie quanto all'irragionevolezza dell'esclusione delle coppie fertili, ma portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili, dall'accesso alle tecniche di procreazione artificiale.

Insomma, la Corte costituzionale sembra volersi ritagliare formalmente un suo spazio di intervento autonomo e proprio nella tutela dei diritti fondamentali, ridimensionando gli effetti interni che derivano dalla costruzione e dal rafforzamento di uno spazio giuridico europeo di salvaguardia dei diritti umani, benché nella sostanza sposi la visione del Giudice europeo sull'argomento.

### 2.2.3. *La libertà di ricerca sugli embrioni.*

Sempre nella prospettiva di verificare in quale direzione si muove il rapporto fra Corti, un'altra questione offre indubbi spunti di riflessione.

Entrambe le Corti, infatti, sono state chiamate a giudicare le disposizioni della legge n. 40 che limitano in via assoluta la libertà di ricerca scientifica sugli embrioni, senza che vi sia alcuna differenziazione circa i casi in cui si intenda creare appositamente embrioni per destinarli alla ricerca e i casi in cui invece si intenda utilizzare gli embrioni abbandonati che da anni si trovano in stato di crioconservazione e che pertanto non sono destinati all'impianto in utero.

Anche in questo caso (sentenza *Parrillo c. Italia*)<sup>24</sup>, davanti al Giudice eu-

---

<sup>24</sup> Corte EDU, [GC], *Parillo c. Italia*, n. 46470/11. Più ampie considerazioni in D'Amico M., 2015. Si rinvia, rispetto ai divieti introdotti dalla legge n. 40 in materia di ricerca scientifica, a Dolcini E., 2006, p. 450 ss. Più in generale, a commento della sentenza, Giles J., Lee S., 2016, p. 162 e ss.; Eder M., 2016, p. 371 e ss.; Zagrebelsky V., 2015a, p. 609 e ss.

ropeo si sono costituite quelle associazioni che hanno promosso le questioni davanti alla Corte costituzionale. Interessante, soprattutto pensando all'art. 47 della Carta dei diritti europei, è la circostanza di vicende processuali a rilevanza generale, aventi gli stessi attori, ma giudici diversi.

Nella vicenda che ha interessato il divieto di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani, ricorre, anche questa volta, un intreccio tra giudizio convenzionale – che, non casualmente, interviene prima (e, infatti, la Corte costituzionale decide, come già in occasione dell'ordinanza n. 150 del 2012 in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di attendere l'esito della pronuncia della Grande Camera sul caso *Parrillo c. Italia* prima di esprimersi intorno alla questione di costituzionalità sottoposta) – e giudizio costituzionale, che si spinge oltre il diritto sostanziale e che interessa più direttamente i rapporti tra i due livelli di tutela dei diritti.

Nel caso *Parrillo c. Italia*, la Grande Camera ha escluso la violazione del diritto alla vita privata della ricorrente – che si era rivolta direttamente a Strasburgo senza esperire le vie di ricorso interne – che lamentava l'impossibilità di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni formati con gameti della medesima ricorrente e del marito, poi deceduto, ai sensi dell'art. 8 CEDU, e ha accertato l'inammissibilità della doglianza rispetto al diritto di proprietà ex art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU a motivo dell'impossibilità di ricondurre l'embrione a mero possesso nei sensi della disposizione convenzionale.

Nel giudizio di legittimità costituzionale, che ha investito l'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40 del 2004 con riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., la Corte costituzionale, da parte sua, con decisione n. 84 del 2016 ha dichiarato inammissibile la questione prospettata richiamando il legislatore nazionale a intervenire in materia. Si legge, infatti, nella pronuncia che “[a] fronte [...] di quella che qualcuno ha definito ‘una scelta tragica’, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”.

Ne consegue, ha concluso la Corte, che “[u]nicamente al legislatore [...] compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente ‘non biopsabili’; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il ‘sacrificio’ dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la ‘commercializzazione’ degli embrioni residui”<sup>25</sup>.

### *2.3. Le coppie omosessuali.*

La terza vicenda riguarda le questioni relative al riconoscimento di alcuni diritti per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

La prima questione dibattuta è stata quella relativa al mancato riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Connessa a questo tema, si presenta anche la questione, solo per alcuni profili distinta, della possibilità di trascrivere gli atti di matrimonio correttamente formati all’estero.

In secondo luogo, e più recentemente, si è posta la questione relativa alla omogenitorialità e alla conseguente possibilità di riconoscere il diritto di adozione per le coppie omosessuali.

In generale, su tali problematiche, l’Italia si è posta per lungo tempo in una situazione diversa rispetto alla maggior parte degli Stati europei, non avendo alcuna disciplina sulle unioni omosessuali.

A seguito della storica sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, con cui si è assegnato rilievo costituzionale anche alla formazione sociale costituita dalla coppia formata da due persone dello stesso sesso,

---

<sup>25</sup> Rispetto alle problematiche sottese al divieto di ricerca scientifica con particolare riferimento alla definizione della dignità dell’embrione, individuata dalla Corte costituzionale, si veda in senso critico Liberali B., 2017a, 347 ss. Si veda anche Tigano V., 2010, p. 1747 ss.

l'assenza della politica nazionale ha, dunque, determinato inizialmente una risposta, sia pure limitata, da parte di molte amministrazioni comunali, che sono diventate protagoniste, sia con l'istituzione di registri comunali delle coppie di fatto, sia con l'adozione (discutibile) di provvedimenti di trascrizione delle unioni celebrate all'estero<sup>26</sup>.

Nella vicenda in esame, poi culminata con l'approvazione della legge n. 76 del 2016<sup>27</sup>, che rappresenta la prima regolamentazione organica in materia di unioni non matrimoniali, la dimensione sovranazionale ha ricoperto un ruolo di primo piano.

Nel luglio del 2015, all'esito di una serie di ricorsi depositati nel 2011, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, infatti, condannato l'Italia nel caso *Oliari e altri c. Italia* per violazione dell'art. 8 della Convenzione a motivo dell'inesistenza all'interno dell'ordinamento giuridico italiano di una qualsiasi forma di tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso<sup>28</sup>.

La severa condanna europea ha costituito sicuramente un antecedente decisivo nella ripresa dell'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 76 del 2016, dimostrando, quindi, quanto preziosa sia l'esistenza di uno spazio giudiziario comune e quanto, nella vicenda in commento, sia stato determinante il ruolo propulsore del Giudice europeo rispetto all'inerzia del legislatore nazionale.

### 2.3.1. *Il matrimonio omosessuale.*

Per quanto concerne il primo profilo, come è noto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 138 del 2010 ha ritenuto che l'istituto matrimoniale sia una delle tante scelte, conformi alla Costituzione, possibile per riconoscere diritti e doveri in capo alle coppie omosessuali, rinviando dunque al legislatore il compito di intervenire.

Da notare che in questa pronuncia, in modo significativo, la Corte costi-

---

<sup>26</sup> In tema, si rinvia a Imarisio L., 2013.

<sup>27</sup> A commento della disciplina introdotta con la legge n. 76 del 2016 si vedano Buffone G., Gattuso M., Winkler M.M., 2017.

<sup>28</sup> A commento della decisione si vedano le osservazioni di Nardocci C., 2015. Sulla vicenda e sull'evoluzione delle problematiche connesse al riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso in una prospettiva sovranazionale, si consenta il rinvio a Boele-Woelki K., Fuchs A. (eds.), 2017.

tuzionale ha considerato le coppie omosessuali alla stregua delle formazioni sociali indicate dall'art. 2 Cost., riconoscendone dunque le esigenze di tutela costituzionale, ma ha in qualche modo reso incompiuta la sua affermazione, poiché senza l'intervento del legislatore tale tutela non può essere garantita<sup>29</sup>.

Peraltro, la Corte costituzionale non si è limitata a riconoscere la competenza legislativa in materia. È stato infatti sottolineato che resta riservata alla Corte "la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni [...]. Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

Nonostante il chiaro monito contenuto nella sent. n. 138 del 2010<sup>30</sup>, il legislatore è stato per lungo tempo inerte e dunque la Corte costituzionale è tornata nuovamente sul tema, nella decisione n. 170 del 2014.

In questo caso, la Corte si è pronunciata sul c.d. divorzio imposto alla coppia coniugata, derivante dal successivo mutamento di sesso di uno dei componenti della coppia, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disciplina dettata in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, nella parte in cui non si prevede che la relativa sentenza di rettificazione (che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio) consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un'altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia stessa, con le modalità stabilite dal legislatore.

La Corte costituzionale ha rivolto un altro monito al legislatore, peraltro richiamando espressamente la sentenza n. 138: a fronte di tale secondo e più forte monito la risposta della politica si è fatta ancora attendere, dal momento che all'epoca non era ancora calendarizzato in Parlamento l'esame di una disciplina, ritenuta dalla Corte, per ben due volte, "necessa-

---

<sup>29</sup> In tema si v. Biondi F., 2013, pp. 1-57.

<sup>30</sup> Più ampie e approfondite notazioni in D'Amico M., 2010, p. 85 ss., oltre che a Pugiotto A., 2010, Ruggeri A., 2011 e Romboli R., 2010, p. 136 ss.

ria”<sup>31</sup>.

A questo riguardo, si deve segnalare che, sempre con la legge n. 76 del 2016 che ha regolamentato le unioni fra persone dello stesso sesso, in modo significativo si sono regolate le conseguenze derivanti dalla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso sia a fronte di una unione tra persone dello stesso sesso, sia nel caso di un matrimonio fra persone eterosessuali. Nel primo caso, la rettificazione conduce allo scioglimento dell'unione civile, mentre nel secondo al matrimonio consegue sempre laddove i due componenti lo vogliano l'instaurazione di una unione civile.

### 2.3.2. *La sentenza di condanna della Corte Europea nel caso Oliari e altri c. Italia.*

Le difficoltà riscontrate sul piano dell'intervento legislativo hanno indotto negli anni molte coppie italiane a rivolgersi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al fine di ottenere il riconoscimento per le unioni omosessuali del diritto al matrimonio e del diritto alla trascrizione del matrimonio o dell'unione civile registrata conclusi all'estero all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

La pronuncia della Corte Europea sul caso *Oliari e altri c. Italia* è intervenuta in relazione ai ricorsi promossi da quelle coppie che lamentavano l'impossibilità di vedere riconosciuta la propria unione coniugale entro il contesto ordinamentale italiano e ha accertato la violazione del diritto alla vita privata e familiare delle coppie ricorrenti ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Particolarmente significativa in simile direzione è l'enfasi posta dal Giudice sovranazionale sul contesto ordinamentale italiano, insensibile alle istanze di tutela delle coppie composte da persone dello stesso sesso. Si legge, infatti, nella motivazione: “[l]a Corte osserva che dall'esame di cui

---

<sup>31</sup> Sul delicato seguito giurisprudenziale della sentenza n. 170 del 2014, in assenza di un intervento legislativo, v. la decisione della Corte di Cassazione, I Sezione civile, 21 aprile 2015, n. 8097 (giudice *a quo* del giudizio che ha dato origine alla sentenza n. 170 del 2014), che non ha considerato applicabili le norme sul divorzio imposto. Sul problema aperto da questa pronuncia, per la difficile applicazione da parte della giurisprudenza del principio costituzionale in essa individuato, v. Romboli R., 2014, p. 2683 ss.; Biondi F., 2014, p. 668; Guarini C.P., 2016; Catalano S., 2017, spec. 21 ss., il quale addirittura fa rientrare questa decisione nella categoria delle pronunce ad efficacia differita, ritenendola vincolante per il solo legislatore.

sopra del contesto interno l'esistenza di un conflitto tra la realtà sociale dei ricorrenti che prevalentemente vivono in Italia la loro relazione apertamente, e la legislazione che non fornisce loro alcun riconoscimento ufficiale sul territorio [...]. La Corte osserva inoltre che benché il Governo si trovi generalmente in una posizione migliore per valutare gli interessi collettivi, nel caso di specie il legislatore italiano non sembra aver attribuito particolare importanza alle indicazioni fornite dalla Comunità nazionale, in particolare dalla popolazione italiana in generale e dalle supreme autorità giudiziarie italiane. La Corte osserva che in Italia le supreme autorità giudiziarie, comprese la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, hanno dato ampio risalto all'esigenza di riconoscere e tutelare tali relazioni. Si è fatto riferimento in particolare alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 relativa alla causa dei due primi ricorrenti, le cui conclusioni sono state ribadite in una serie di successive sentenze negli anni successivi. In tali cause la Corte costituzionale ha segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali [...] misura che poteva essere adottata soltanto dal Parlamento”.

Parole particolarmente significative con cui la Corte di Strasburgo ha motivato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 CEDU, a causa dell'assenza in Italia di una regolamentazione organica delle unioni tra persone dello stesso sesso, sottolineando con efficacia la gravità della perdurante inerzia ed indifferenza del legislatore nazionale rispetto ai moniti della Corte costituzionale e agli inviti e sollecitazioni della Comunità internazionale.

Sotto altro versante, la Corte Europea ha invece escluso la violazione del diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. La Corte ha, infatti, ribadito la natura non convenzionalmente imposta del diritto al matrimonio, la cui introduzione è rimessa alle scelte discrezionali degli Stati contraenti in accordo con la sua giurisprudenza pregressa inaugurata con *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>32</sup>.

Nella sentenza si legge, infatti, che “nonostante la graduale evoluzione degli Stati in materia (undici Stati membri del Consiglio d'Europa hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale) le conclusioni cui essa

---

<sup>32</sup> Corte EDU, [Prima Sezione], *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, 24 giugno 2010, con riflessioni di Ragni C., 2010, p. 639 e ss.; Hodson L., 2011, p. 170 e ss.; Bamforth N., 2011, p. 128 e ss.



è giunta nelle summenzionate cause rimangono pertinenti. La Corte ribadisce conseguentemente che l'articolo 12 della Convenzione non pone in capo al Governo convenuto l'obbligo di concedere accesso al matrimonio a una coppia omosessuale quale i ricorrenti. Analogamente, nella causa *Schalk e Kopf*, la Corte ha ritenuto che non si possa interpretare neanche l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, disposizione con finalità e campo di applicazione più generale, come se esso imponesse tale obbligo. La Corte ritiene che lo stesso possa essere affermato dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 12".

Assorbita rimane, infine, la doglianza rispetto all'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

In definitiva, la sentenza ha imposto allo Stato italiano di provvedere celermente all'introduzione di una forma di regolamentazione delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso in ottemperanza ad un obbligo internazionale che segue i moniti della Corte costituzionale, purtroppo rimasti inascoltati per molti anni.

Grazie soprattutto a quest'ultima pronuncia, come è stato detto, il legislatore italiano ha finalmente approvato una legge organica in materia, la legge n. 76 del 2016 (c.d. Legge Cirinnà), nella quale si sceglie di disciplinare l'unione fra persone dello stesso sesso come "unione civile" e non matrimonio, regolando però i relativi rapporti personali e patrimoniali in modo molto simile<sup>33</sup>.

Rimangono però escluse dalla scelta del legislatore le problematiche attinenti alla filiazione e alle coppie omogenitoriali, problematiche ancora pendenti davanti al Giudice europeo e risolte dai giudici italiani caso per caso.

### *2.3.3. Le questioni ancora aperte: l'adozione da parte di coppie omosessuali.*

In secondo luogo, come si è detto, si profilano diverse questioni sottese all'eventuale riconoscimento del diritto di adozione da parte delle coppie omosessuali.

---

<sup>33</sup> Si vedano le prime osservazioni in D'Amico, 2016c, e, ancora, Buffone G., Gattuso M., Winkler M.M., 2017.

Su questi temi, la giurisprudenza di merito sta creando caso per caso un reticolo di principi che sta portando a un lento riconoscimento del diritto, mentre la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla c.d. stepchild adoption, non è entrata nel merito a causa dell'inammissibilità della questione, mal posta dal giudice *a quo* (sent. n. 76 del 2016)<sup>34</sup>.

La decisione più significativa in argomento è della Corte di cassazione (sent. n. 601 del 2013): con tale pronuncia, si è riconosciuto che anche una coppia omosessuale può essere destinataria di un provvedimento di affidamento di minore. La Corte di cassazione, infatti, ha stabilito che "in tema di affidamento di minore, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo, inoltre, si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino".

Vi sono, inoltre, altre decisioni che, in materia di affidamento dei minori, contribuiscono a delineare il rilievo assegnato alla formazione sociale costituita dalla coppia omosessuale. Allineandosi con l'orientamento adottato dalla Corte di cassazione, il Tribunale di Bologna e il Tribunale di Genova, rispettivamente, hanno ritenuto di non escludere i singoli individui e dunque neanche le coppie di fatto i cui componenti appartengano al medesimo sesso dall'affidamento di minore e di non riformare un provvedimento con cui è stato affidato un minore in ragione del fatto che il genitore conviva con il compagno dello stesso sesso.

Ancora, il Tribunale di Roma attraverso una significativa interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d), legge n. 184 del 1983, giunge a ordinare l'adozione (in casi particolari) da parte della compagna coniugata all'estero della madre biologica del minore. Ancora, il Tribunale di Bologna ha riconosciuto la validità della sentenza di adozione, ottenuta negli Stati Uniti, da parte di una donna single nei confronti di una bambina, ordinandone pertanto la trascrizione<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Si veda un primo commento alla decisione di Scaffidi Runchella L., 2016, oltre che le considerazioni svolte da Liberali B., 2013a.

<sup>35</sup> Si vedano le decisioni dei giudici comuni pubblicate in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), oltre alle considerazioni in D'Amico M., 2014a, p. 23 ss.

In definitiva, ancora una volta, osserviamo che sono i giudici, questa volta comuni, a riconoscere in prima battuta i diritti in modo diffuso, adeguando il diritto alle esigenze della società e avvicinando, forse, il nostro sistema al modello casistico degli ordinamenti di *common law*<sup>36</sup>.

Il ruolo dei giudici e, forse in un prossimo futuro, anche della Corte costituzionale (e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) continuerà ad essere centrale se si considera la perdurante inerzia del legislatore, che, nonostante l'occasione offerta dai lavori parlamentari della legge n. 76 del 2016, non ha inteso regolamentare non solo l'adozione di minori da parte delle coppie omosessuali, ma anche (e soprattutto) la possibilità per un componente dell'unione di adottare i figli dell'altro componente.

#### 2.4. Il cognome materno.

La Corte costituzionale si è di recente pronunciata (sent. n. 286 del 2016) sulla questione di legittimità costituzionale relativa all'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio legittimo, pur in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, desumibile dal complessivo sistema normativo<sup>37</sup>.

Su questo tema, peraltro, la Corte costituzionale era già stata chiamata a pronunciarsi.

Il tema era stato affrontato, per la prima volta, con due ordinanze del 1988 (nn. 176 e 586): in questi casi le questioni sono state ritenute manifestamente inammissibili poiché "si pone un problema di scelta del sistema più opportuno e delle relative modalità tecniche, la cui decisione compete esclusivamente al legislatore". Inoltre, il Giudice delle Leggi è tornato a esprimersi sul tema con la sent. n. 61 del 2006, decidendo ancora una volta per l'inammissibilità della questione sollevata: anche in questo caso, infatti, si riconosce che l'intervento manipolativo richiesto eccede rispetto ai propri poteri.

In quella decisione, però, la Corte costituzionale fa riferimento al carattere anacronistico delle norme, che disciplinano l'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio, sottolineando, che a "distanza di diciotto

---

<sup>36</sup> In tema, per un approfondimento, si rinvia a Ferrajoli L., 2015.

<sup>37</sup> A commento della decisione della Corte costituzionale, si veda Malfatti E., 2017.

anni dalle decisioni in precedenza richiamate [ordd. nn. 176/1988 e 586/1988], non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna".

Nelle more del giudizio di costituzionalità che ha poi condotto alla sentenza n. 286 del 2016 e, ancora una volta, a dimostrazione delle dimensioni che sta assumendo il confronto tra livelli di tutela dei diritti fondamentali, è intervenuta la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*<sup>38</sup>, ha condannato l'Italia poiché non consente la trasmissione del cognome materno al figlio della coppia coniugata, con violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

A seguito della condanna europea la Corte costituzionale, come anticipato, con decisione n. 286 del 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno".

La pronuncia del Giudice costituzionale di accoglimento della questione costituisce un tipico esempio di declaratoria di incostituzionalità che consegue a una precedente sentenza monito rimasta inascoltata dal legislatore nazionale.

I dieci anni trascorsi dalla decisione precedente e l'intervenuta condanna europea hanno così indotto il Giudice costituzionale a divenire protagonista sopperendo alla prolungata inerzia del legislatore nazionale.

Anche nella sentenza n. 286 del 2016, e in analogia con quanto già riscontrato in relazione alle decisioni rese sulla legge n. 40 del 2004, nonostante l'evidente intreccio con il sistema convenzionale di tutela dei diritti,

---

<sup>38</sup> Corte EDU, [Seconda Sezione], *Cusan e Fazzo c. Italia*, n. 77/07, 7 gennaio 2014. A commento della vicenda, si rinvia a Pitea C., 2014, p. 225 e ss.; Niccolai S., 2014, p. 453 e ss.

il Giudice costituzionale mantiene un certo distacco rispetto alle sentenze del Giudice europeo preferendo incentrare il proprio scrutinio sui parametri interni e lasciando in ombra l'art. 117, comma primo, Cost.

Possiamo allora osservare che anche nella vicenda del c.d. cognome materno la relazione tra i due livelli di tutela dei diritti sembra confinata al dato fattuale – dato dalla circostanza che entrambe le Corti si trovano a esprimersi in tempi ravvicinati su questioni analoghe, se non identiche –, senza che a questo si accompagni un riconoscimento formale, da parte del Giudice costituzionale, del ruolo che la giurisprudenza convenzionale riveste nella tutela dei diritti fondamentali, con esplicito riferimento anche al parametro costituzionale dell'art. 117, comma primo, Cost.

### 2.5. La surrogazione di maternità.

Un tema che solleva rilevanti problematiche non solo sul piano giuridico ma anche su quello etico e morale riguarda la c.d. maternità surrogata, ovvero la pratica di procreazione che richiede che una donna presti il proprio utero (con o senza l'utilizzo dei propri ovociti) in favore di una coppia c.d. committente (che può fornire sia il gamete maschile sia quello femminile oppure nessuno dei due gameti)<sup>39</sup>.

Rispetto a questa pratica, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che essa non era interessata dalla questione di legittimità costituzionale che ha condotto alla sentenza n. 162 del 2014, poiché il *thema decidendum* riguardava esclusivamente il divieto posto dalla legge n. 40 alla donazione di gameti esterni alla coppia (fecondazione eterologa).

Peraltro, se si ricordano le motivazioni poste a fondamento della stessa decisione, in particolare i rilevanti riferimenti alla libertà di autodeterminarsi nelle scelte procreative e al diritto alla salute psichica violata dal divieto di fecondazione eterologa, si potrebbero avanzare analoghi rilievi ri-

---

<sup>39</sup> Sulle problematiche sottese alla pratica della surrogazione di maternità si vedano innanzitutto Dell'Utri M., 2010, p. 358 ss.; Randazzo B., 2017, oltre che Crivelli E., 2016; Poli L., 2015, p. 1 e ss. Rispetto alla problematicità dell'inquadramento di questa specifica tipologia di tecnica quale vero e proprio trattamento sanitario, si rinvia a Liberali B., 2017a, p. 136 ss. Nell'ambito del diritto internazionale, si interrogano sulla necessità di prevedere una regolamentazione operante a livello di diritto internazionale privato per gli accordi di surrogazione di maternità, Blauwhoff R., Frohn L., 2016, p. 211 e ss.

spetto questa pratica.

La questione della maternità surrogata vietata dalla legge n. 40 è giunta in più occasioni al vaglio dei giudici di merito in relazione alla necessità di trascrivere gli atti di nascita regolarmente formati all'estero laddove cioè la pratica è consentita.

A questo proposito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha reso due sentenze nei confronti della Francia e, più di recente, anche una contro l'Italia.

La Corte Europea, nei casi *Mennesson c. Francia*<sup>40</sup> e *Labassee c. Francia*<sup>41</sup>, in relazione all'esigenza di procedere alla trascrizione, ha così accertato la violazione dell'art. 8 CEDU, affermando che anche a fronte del divieto di maternità surrogata previsto dall'ordinamento nazionale non si possono compromettere le esigenze di salvaguardia del superiore interesse del minore. Per garantire quindi il diritto all'identità personale e alla vita privata del minore gli Stati contraenti devono procedere alla trascrizione di atti stranieri che riconoscono il legame con i genitori committenti anche quando questi ultimi abbiano fatto ricorso a tecniche procreative vietate dalla legge dello Stato interessato.

A conclusioni analoghe ai casi decisi nei confronti della Francia, almeno sotto il profilo della norma convenzionale violata, era inizialmente pervenuta la Corte Europea decidendo il caso, questa volta contro l'Italia, *Paradiso e Campanelli*<sup>42</sup>; sentenza poi ribaltata dalla pronuncia della Grande Camera che, in sede di riesame, ha viceversa escluso la violazione del dettato convenzionale da parte dello Stato italiano.

A differenza dei due casi contro la Francia, in *Paradiso e Campanelli c. Italia* la Corte Europea ha dovuto confrontarsi con circostanze della fattispecie concreta differenti essendo il minore in questione stato allontanato

---

<sup>40</sup> Corte EDU, [Quinta Sezione], *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, 26 giugno 2014.

<sup>41</sup> Corte EDU, [Quinta Sezione], *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, 26 giugno 2014. A commento delle due pronunce, si rinvia a Rein Lescastereyres I., 2015, p. 149 e ss. Per una prospettiva di indagine più ampia sulle implicazioni della surrogazione di maternità, si veda Ergas Y., 2013, p. 117 e ss.; Sanger C., 2007, p. 67 e ss.

<sup>42</sup> Corte EDU, [Seconda Sezione – GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, con nota di Lorubbio V., 2017, p. 1 e ss. A commento della sentenza resa dalla Seconda Sezione, si veda Lenti L., 2015, p. 472 e ss.

dalla coppia di genitori intenzionali – che avevano fatto ricorso in Russia alla maternità surrogata e che non avevano con il minore alcun legame biologico –, dopo l'omesso riconoscimento del certificato di nascita formato all'estero, per essere collocato presso una famiglia terza.

Nella prima pronuncia resa sul caso in esame, la Sezione ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU a motivo della violazione del diritto alla vita privata e familiare sofferta dal minore nel caso concreto in ragione del suo allontanamento dalla famiglia di origine anche se "intenzionale". Nella pronuncia si legge, infatti, che: "the Court is not convinced of the adequacy of the elements on which the authorities relied in concluding that the child ought to be taken into the care of the social services. It follows that the Italian authorities failed to strike the fair balance that has to be maintained between the interests at stake. In conclusion, the Court considers that there has been a violation of Article 8 of the Convention".

Come anticipato, la pronuncia della Sezione è stata oggetto di riesame da parte della Grande Camera che, con sentenza del 24 gennaio 2017, ha escluso la violazione del dettato convenzionale, ritenendo conformi all'art. 8 CEDU, perché rispondenti al superiore interesse del minore, le misure adottate dallo Stato italiano che ne avevano disposto l'allontanamento dalla coppia ricorrente e il suo collocamento presso un diverso nucleo familiare.

Anzitutto, la Grande Camera ha incentrato il proprio sindacato, come già in occasione delle decisioni rese nei confronti della Francia, sulla posizione giuridica del minore e sull'incidenza della misura dell'allontanamento disposta dalle autorità italiane rispetto al superiore interesse del primo.

La Grande Camera conferma, quindi, anzitutto, una giurisprudenza ormai consolidata che postula la valorizzazione delle imprescindibili esigenze di salvaguardia del superiore interesse del minore coinvolto nel sindacato sul caso concreto. E, ancora una volta, l'impostazione prescelta è quella di una valutazione individualizzata che ha ad oggetto le circostanze del caso concreto.

Se dei precedenti contro la Francia la Grande Camera condivide l'approccio rivolto ad assegnare preminente rilievo al superiore interesse del

minore<sup>43</sup>, sotto altro profilo la pronuncia mantiene, però, le distanze dai casi francesi attraverso un ricorso rigoroso alla tecnica del *distinguishing* che consente alla Grande Camera di differenziare il caso sottoposto al suo esame e di addivenire, così facendo, ad una soluzione di tipo diverso escludendo la violazione del dettato convenzionale.

Nella sentenza si precisa, infatti, che a venire in rilievo nel caso di specie, a differenza che in *Mennesson c. Francia* e *Labasee c. Francia*, è la conformità alla Convenzione Europea delle misure adottate dalle autorità italiane che si sono tradotte nell'allontanamento del minore dalla coppia ricorrente con la quale non aveva alcun legame biologico e non invece, come nei casi contro la Francia, il rifiuto opposto alla trascrizione di un certificato di nascita estero e il diritto del minore a ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione con la coppia.

La Grande Camera, insomma, nella sua pronuncia, da un lato, conferma la priorità da assegnare al minore nel bilanciamento tra interessi contrapposti; dall'altro, allo scopo di dare sostanza al primo, palesa una volontà rivolta a delimitare lo scrutinio del giudice alle circostanze peculiari del caso concreto senza esprimersi in termini più generali intorno alla compatibilità ovvero incompatibilità della pratica della maternità surrogata rispetto al sistema convenzionale.

Una valutazione dell'impatto di questa prima pronuncia "italiana" in tema di surrogazione di maternità – a dimostrazione del dato costante dell'intreccio tra livelli di tutela nello spazio europeo – potrà aversi all'esito del giudizio di legittimità costituzionale attualmente pendente e avente oggetto non il divieto assoluto di surrogazione di maternità, contenuto nell'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, bensì l'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, con riferimento, tra gli altri, anche l'art. 117, comma primo, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU. Il divieto di maternità, in questa prospettiva, sembra dunque restare solo sullo sfondo, poiché è nella fattispecie concreta oggetto di giudizio da

---

<sup>43</sup> In tema di tutela del superiore interesse del minore nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa, si veda diffusamente *The best interest of the child – A dialogue between theory and practice*, Council of Europe Publishing, 2016.



parte della Corte d'Appello di Milano<sup>44</sup> che viene in rilievo il sottostante contratto di maternità surrogata.

*2.6. L'obiezione di coscienza nell'interruzione volontaria di gravidanza.*

Un altro tema è al centro del rapporto fra dimensioni nazionale e sovranazionale di tutela dei diritti. Mi riferisco in particolare alla questione dell'obiezione di coscienza del medico nella materia dell'interruzione della gravidanza.

Il tema, che in realtà sembrerebbe ormai non presentare più alcun elemento di criticità a seguito della storica decisione della Corte costituzionale (sent. n. 27 del 1975 che ha dichiarato l'incostituzionalità della fattispecie penale di aborto) e a seguito della successiva promulgazione della legge n. 194 del 1978, presenta al contrario plurimi spunti di riflessione, che innanzitutto toccano la corretta applicazione della legge con riferimento all'art. 9 della stessa legge.

La disposizione riconosce il diritto dei medici di sollevare obiezione di coscienza, ma i dati registrati in via di prassi riportano una situazione reale fortemente critica.

Pur a fronte della espressa previsione di legge che richiede che gli ospedali e anche le Regioni si organizzino per garantire comunque il trattamento abortivo, si registra un elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza che compromette il diritto delle donne di accedere alle condizioni prescritte all'aborto.

Su questo aspetto, mai affrontato direttamente dalla Corte costituzionale, si è pronunciato il Comitato Europeo dei Diritti Sociali che in relazione al reclamo collettivo presentato dall'organizzazione internazionale non governativa International Planned Parenthood Federation European Network (n. 87 del 2012) ha riconosciuto che l'Italia viola i diritti delle donne, in ragione dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza che limitano di fatto l'accesso all'interruzione di gravidanza.

Un altro profilo relativo alla medesima questione attiene poi alla compromissione dei diritti dei medici che decidono di non sollevare obiezione

---

<sup>44</sup> Ordinanza della Corte d'Appello di Milano del 25/07/2016, reg. ord. n. 273 del 2016, pubbl. su G.U. del 25/01/2017 n. 4. L'udienza pubblica si terrà il 21 novembre 2017.

di coscienza. Anche su questo aspetto si è pronunciato il Comitato Europeo, in relazione al reclamo collettivo n. 91 del 2013, presentato dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro, condannando lo Stato italiano.

A seguito di entrambe pronunce, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato due risoluzioni con cui, prendendo atto delle conclusioni raggiunte dal Comitato Europeo, nel primo caso ha sottolineato di attendere le future misure che l'ordinamento italiano intende adottare per superare lo stato di violazione e nel secondo caso ha affermato di accoglierne gli sviluppi. Il Governo italiano con il Ministero della Salute, in queste occasioni, aveva affermato da un lato che non sussistevano problematiche relative alla garanzia del servizio interruttivo e dall'altro lato che avrebbe predisposto un meccanismo di monitoraggio teso a rilevare eventuali criticità. Si può segnalare come nelle ultime relazioni al Parlamento del Ministero sullo stato di applicazione della disciplina sia stato dedicato un maggiore e rilevante spazio alle tematiche connesse all'esercizio del diritto di obiezione di coscienza, se pure non si rilevino problematiche applicative, considerando il numero di medici non obiettori sufficiente rispetto al numero di interventi effettivamente effettuati.

Interessante notare come, finora, le pronunce del Comitato Europeo non abbiano avuto alcun effetto di rilievo, tranne un provvedimento della Regione Lazio, che richiamando le previsioni della legge n. 194, che vietano l'obiezione di coscienza per le attività precedenti all'intervento, sottolinea come l'obiezione di coscienza non possa rilevare all'interno dei consultori, con ciò applicando correttamente l'art. 9.

Eppure le decisioni europee dovrebbero avere effetto e soprattutto dovrebbero fungere da parametro "europeo" ai sensi dell'art 117, comma 1, Cost., nel caso fosse sollevata una questione di costituzionalità sull'art. 9 della legge n. 194 del 1978<sup>45</sup>.

In questa prospettiva, dunque, si può delineare un primo e immediato

---

<sup>45</sup> Il Consiglio di Stato con ordinanza del 4 maggio 2017 ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione al divieto per i militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o di aderire ad associazioni sindacali, evocando in modo molto significativo quale parametro interposto non solo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ma anche la Carta Sociale Europea. Rispetto a tali profili, si vedano le osservazioni di Liberali B., 2017b.

effetto riconducibile alle citate decisioni del Comitato Europeo in materia di interruzione di gravidanza. In particolare, si può prospettare la violazione di tale parametro costituzionale, in relazione alle specifiche disposizioni della Carta Sociale Europea relative al diritto alla salute, al principio di non discriminazione e ai diritti in ambito di lavoro, delle quali il Comitato Europeo ha accertato la violazione da parte dell'Italia.

In secondo luogo, le decisioni assunte dal Comitato Europeo, se pure hanno valore dichiarativo<sup>46</sup>, determinano l'apertura di una successiva fase di monitoraggio nei confronti dello Stato italiano che, anche a seguito dei provvedimenti del Comitato dei Ministri, è chiamato a individuare misure concrete per superare lo stato di violazione del Trattato.

L'Italia, in particolare, dovrà, in occasione dei propri periodici rapporti nazionali sullo stato di applicazione della Carta Sociale Europea, dedicare una parte specifica alle modalità con cui intende superare lo stato di violazione. Inoltre, i medesimi profili di violazione della Carta Sociale Europea potrebbero costituire nuovamente oggetto di censura davanti al Comitato Europeo, nell'ambito del sistema di controllo dei reclami collettivi. La presentazione dei due precedenti reclami, infatti, non pone alcun ostacolo alla possibilità che si prospetti al Comitato Europeo la perdurante violazione di quelle stesse disposizioni del Trattato, già accertata con precedenti decisioni<sup>47</sup>.

### *2.7. Il principio di legalità penale tra diritto interno e diritto internazionale: il c.d. caso Berlusconi.*

Un altro esempio delle problematiche che si accompagnano alla tutela complessa dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo è costituito dal caso, attualmente pendente dinanzi alla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che vede protagonista Silvio Berlusconi<sup>48</sup>.

La vicenda presenta spunti di interesse anzitutto dal punto di vista del diritto sostanziale perché pone a raffronto due sistemi di tutela dei diritti – quello costituzionale e quello convenzionale – con riferimento all'ampiezza

---

<sup>46</sup> Al riguardo si veda anche Panzera C., 2016, p. 128.

<sup>47</sup> Sui due meccanismi di controllo della Carta Sociale Europea si vedano gli specifici riferimenti contenuti nei successivi paragrafi 3 e 5.

<sup>48</sup> Su cui si v. Nardocci C., 2017, p. 1 e ss.; e Bissaro S., 2017, p. 1 e ss.

da riconoscersi al principio di legalità penale<sup>49</sup>.

Silvio Berlusconi si è, infatti, rivolto alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando la violazione del principio convenzionale di legalità penale (art. 7 CEDU), a motivo della propria decadenza dalla carica di parlamentare per effetto dell'intervenuta definitività della sentenza penale di condanna della Corte di cassazione in applicazione della c.d. legge Severino<sup>50</sup>. L'entrata in vigore della legge in esame – che lo ha reso incandidabile determinandone la decadenza sopravvenuta in corso di mandato – successivamente alla commissione del fatto di reato costituisce, ad avviso del ricorrente, una lesione del principio di irretroattività penale protetto a norma dell'art. 7 CEDU.

Un primo profilo attiene, quindi, al controverso inquadramento dell'istituto dell'incandidabilità, di cui è dibattuta la natura penale e su cui la Grande Camera è chiamata a dare risposte con ricadute importanti sul piano dell'ordinamento giuridico interno, qualora, ad esempio, dovesse accogliere un'interpretazione dell'art. 7 CEDU che lo distanzi in misura più o meno importante dal principio costituzionale di legalità penale<sup>51</sup>.

Un secondo aspetto, che questa volta combina tra di loro elementi di diritto sostanziale e processuale, attiene, poi, agli effetti dell'eventuale condanna dello Stato italiano nel caso in esame. Si tratta di un tema che coinvolge il ruolo e gli effetti delle pronunce del Giudice di Strasburgo sul piano dell'ordinamento interno, nonché quello, altamente problematico, che viene a profilarsi in costanza di divergenze tra sistemi di tutela dei diritti che attengano al contenuto e alla portata di principi fondamentali.

Il caso Berlusconi, peraltro, appare emblematico delle criticità che (ancora) possono registrarsi nell'ambito dello spazio giuridico europeo anche

---

<sup>49</sup> Sul tema Viganò F., 2017. Si veda anche D'Amico M., 2006a. Per spunti di riflessione più ampi e secondo una prospettiva di indagine tesa a valorizzare l'apporto della storia del diritto nello studio delle problematiche che si accompagnano alla crisi del principio di legalità, si rinvia a Storti C. (ed.), 2016.

<sup>50</sup> Per un'ampia disamina del contenuto e delle criticità del d.lgs. n. 235 del 2012, si v. Torretta P., 2015.

<sup>51</sup> Nel cui ambito la Corte costituzionale ha escluso, pur se con alcune criticità, che possano rientrare le misure limitative del diritto di elettorato passivo previste (anche per i parlamentari) proprio dal c.d. "Decreto Severino". Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 276 del 2016. A commento della decisione, si v., per tutti, Rivoecchi G., 2017.

sotto ulteriori profili.

Nel corso della fase preliminare del giudizio parlamentare sull'incandidabilità sopravvenuta dell'ex sen. Berlusconi, infatti, sono state affrontate – e poi risolte nel senso della loro inammissibilità – una serie di importanti questioni di natura procedurale che, proprio alla luce delle considerazioni che già si sono formulate in ordine all'eterogeneità e alla complessità degli strumenti di tutela apprestati a livello nazionale ed europeo, possono essere apprezzate in tutta la loro pregnanza.

In questa prospettiva, occorre anzitutto segnalare che la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato – a fronte della richiesta della difesa dell'ex Sen. Berlusconi di sollevare una questione di legittimità costituzionale sulle norme del c.d. "Decreto Severino" che imponevano l'applicazione retroattiva delle misure "sanzionatorie"<sup>52</sup> in esso previste (ritenute in contrasto con gli artt. 3 e 25 della Costituzione) – ha escluso in radice la possibilità di perseguire una simile strada, sul presupposto della propria carenza di legittimazione ad introdurre il giudizio di costituzionalità<sup>53</sup>.

Ed ancora, con medesimi esiti, la Giunta del Senato ha rigettato anche la richiesta presentata della difesa dell'ex sen. Berlusconi finalizzata ad interpellare, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea per chiarire se la normativa di recente conio in materia di incandidabilità potesse ostare, o meno, alla piena efficacia e alla corretta attuazione del diritto dell'Unione.

Oltremodo significativa appare, poi, anche la circostanza per cui l'ex sen. Berlusconi abbia presentato il proprio ricorso alla Corte Europea nelle more del giudizio parlamentare, prima cioè che si concretizzasse la lesione del suo diritto convenzionale (a non subire una "sanzione", di natura sostanzialmente penale, in via retroattiva) e, soprattutto, prima che il Senato adottasse la delibera definitiva con cui è stata dichiarata la sua decadenza.

---

<sup>52</sup> Sul tema della natura sanzionatoria della misura dell'incandidabilità (originaria e sopravvenuta) la dottrina, penalistica e costituzionalistica, si è già ampiamente interrogata. In questa sede, si segnalano le differenti letture di Mazza O., 2014; e Gambardella M., 2014. Per un'ampia ricostruzione delle varie tesi prospettate in dottrina, si v., ancora, Torretta P., 2015.

<sup>53</sup> Sul tema, si v. Azzariti G., 2013.

Ebbene, tutto ciò – in disparte la controversa questione del rispetto del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni (di cui al già citato art. 35, I par., CEDU) – consente di evidenziare ancora una volta, al pari di quanto già si è fatto commentando il caso *Oliari e altri c. Italia*, come, in effetti, in ragione delle peculiarità dei meccanismi di tutela predisposti a livello domestico, possa essere preferibile (se non addirittura una soluzione obbligata), per un cittadino che lamenti una lesione di un diritto o principio garantito sia dalla Costituzione che dalle Carte europee (e tale è, pacificamente, il principio dell'irretroattività *in malam partem* delle norme sanzionatorie), ricorrere al giudice sovranazionale, per vedersi attribuita una garanzia che l'ordinamento interno non gli riconosce ovvero che potrebbe riconoscergli ma con tempi più lunghi e con maggiori incertezze.

*2.8. I diritti dei detenuti e il sovraffollamento carcerario: prove di dialogo a partire dalla sentenza Torreggiani e altri c. Italia.*

Il mosaico che si è tratteggiato nelle precedenti pagine deve essere ulteriormente arricchito di un ultimo tassello, che riguarda, come si è già anticipato, il tema della condizione della popolazione carceraria italiana e, più in particolare, dei diritti dei detenuti a scontare una pena conforme ai principi costituzionali (e convenzionali) di umanità e rieducazione<sup>54</sup>.

Sul tema, come noto, è intervenuta, nel gennaio 2013<sup>55</sup>, la Corte di Strasburgo che, all'esito del celebre caso *Torreggiani*<sup>56</sup>, ha condannato l'Italia, accertando la sistematica e strutturale violazione da parte del nostro Stato del divieto, sancito dall'art. 3 CEDU, di sottoporre a trattamenti disumani e degradanti chiunque sia raggiunto da una misura restrittiva della libertà personale.

Le ricadute interne della sentenza – adottata, giova rimarcarlo, con la

<sup>54</sup> Analizza le problematiche correlate al fenomeno del sovraffollamento carcerario, tra i molti, Dolcini E., 2013, p. 33 ss. In generale sul tema si v., per tutti, D'Amico M., 2006b, p. 563 ss.

<sup>55</sup> Già in una precedente occasione la Corte EDU aveva condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della CEDU. Cfr. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*. A commento della decisione si v. Plastina N., 2009, p. 4928 e ss.

<sup>56</sup> Corte EDU, [Seconda Sezione], *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, con note di Della Morte G., 2013, p. 147 e ss.

speciale procedura della c.d. *sentenza pilota* di cui all'art. 61 Reg. Corte EDU – sono state, già all'indomani della decisione, assai significative, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo.

Ai fini del ragionamento che qui si sta conducendo, preme, in particolare, ricordare che, nel febbraio 2013, a pochi giorni dalla pronuncia della Corte Europea, alcuni giudici italiani (i Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano) hanno deciso – richiamandosi apertamente alle motivazioni della sentenza *Torreggiani* e con l'intento proprio di sollecitare un adeguamento della legislazione interno al *dictum* europeo – di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma sul differimento facoltativo della pena per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 3 CEDU.

Più nel dettaglio, i giudici *a quibus* hanno incentrato le loro argomentazioni sulla circostanza per cui l'istituto disciplinato dall'art. 147, comma 1, n. 2, c.p. rappresentasse l'unico strumento utile per ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale l'esecuzione della pena *“a fronte di condizioni detentive che si risolvono in trattamenti disumani e degradanti”*<sup>57</sup>.

I rimettenti si sono così rivolti alla Corte per ottenere una pronuncia di tipo additivo che andasse ad ampliare l'ambito di operatività dell'istituto del rinvio facoltativo della pena, per farvi ricomprendere, accanto alle ipotesi in esso previste, anche il caso in cui la pena, a causa del sovraffollamento degli istituti penitenziari, dovesse essere scontata in condizioni contrarie al principio di umanità.

Con la sent. n. 279 del 2013<sup>58</sup>, la Corte costituzionale – pur riconoscendo, in termini generali, la gravità del fenomeno del sovraffollamento carcerario (specie, per quel che concerne i pregiudizi che da esso possono derivare con riguardo ai connotati inderogabili dell'esecuzione penale) – ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dai giudici *a quibus* sul presupposto della pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate per risolvere l'emergenza in cui versano gli istituti penitenziari. Circonstanza, quest'ultima, che, per la Corte, *“fa escludere l'asserito carattere a*

<sup>57</sup> Così in particolare Tribunale di Sorveglianza di Milano, ord. del 12.03.2013, iscritta al reg. ord. n. 82 del 2013, e pubblicata in G.U., prima serie speciale, n. 18 del 2013.

<sup>58</sup> A commento della decisione, si v., tra i molti, Ruggeri A., 2013b; e Nardocci C., 2014b, p. 1 e ss.

*rime obbligate dell'intervento additivo*"<sup>59</sup> prospettato dai rimettenti in relazione all'art. 147, comma 1, n. 2, c.p. e, conseguentemente, impone alla stessa di adottare una pronuncia di inammissibilità.

Ciò precisato, occorre poi ricordare che, a partire dal d.l. n. 78 del 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), e, ancor più significativamente, dal successivo d.l. n. 146 del 2013 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*)<sup>60</sup>, il legislatore è intervenuto in numerose occasioni riuscendo ad adeguare la normativa interna alla sentenza emessa dalla Corte Europea, introducendo sia rimedi preventivi che compensativi, volti, rispettivamente, a ridurre progressivamente il numero della popolazione carceraria e a garantire una forma di ristoro in favore di chiunque abbia, in concreto, scontato (una parte del)la propria pena in condizioni disumane di sovraffollamento.

La vicenda, originata dalla pronuncia *Torreggiani* del 2013, appare emblematica di come la via della tutela giudiziaria dei diritti fondamentali possa rivelarsi talvolta insoddisfacente, in particolare, in ragione delle peculiarità insite nel nostro modello di giustizia costituzionale, e, di riflesso, di come, in simili casi, l'intervento della politica sia l'unica strada realmente percorribile per mettere fine ad una palese violazione – nel caso in commento, accertata da una c.d. *sentenza pilota* della Corte Europea – di quegli stessi diritti fondamentali. Allo stesso tempo e lasciando sullo sfondo la delicata relazione con la Corte costituzionale, vale sottolineare la circolarità e la pervasività che talvolta acquisiscono le pronunce di condanna del Giudice europeo nella loro capacità di sollecitare l'intervento del legislatore nazionale. Di questa tendenza, che pure va registrata, sono chiara espressione non solo il caso *Torreggiani* qui in commento, ma anche la stessa decisione resa nel caso *Oliari e altri c. Italia*, di cui non può certo disconoscersi il legame con la successiva legge n. 76 del 2016.

### 3. *Un'analisi dal punto di vista degli strumenti di tutela.*

Lo spazio giudiziario europeo rappresenta certamente una risorsa se si

---

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 279 del 2013, *Considerato in diritto* n. 8.

<sup>60</sup> Su cui, in particolare, Della Bella S., 2014.



considera che ai diversi “livelli” di tutela giurisdizionale corrispondono diversi giudici e diversi modelli processuali.

Come sappiamo, alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si accede direttamente, purché sia soddisfatta una serie di requisiti: ai sensi dell’art. 35, comma secondo, della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, il ricorso individuale non deve essere anonimo, né sostanzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un’altra istanza internazionale d’inchiesta o di risoluzione ovvero non deve contenere fatti nuovi. Altro requisito molto importante è costituito, come noto, dal previo esaurimento dei ricorsi interni. Inoltre, si richiede che il ricorrente sia la vittima diretta dell’asserita violazione dei diritti da parte dello Stato.

E, ancora, si deve necessariamente richiamare in questa sede il Trattato purtroppo ancora poco conosciuto e utilizzato della Carta Sociale Europea<sup>61</sup>, che completa il quadro di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, riconoscendo e garantendo i diritti sociali ed economici. La Carta Sociale Europea prevede come meccanismo di tutela, accanto al sistema dei periodici rapporti nazionali che ciascuno Stato membro deve inviare al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, il sistema dei reclami collettivi<sup>62</sup>. In questo caso, a differenza della procedura predisposta dalla Convenzione Europea, ricorrenti possono essere solo alcuni soggetti collettivi, che non devono essere vittime dirette dell’asserita violazione e non devono aver esperito tutte le vie di ricorso interne.

Il nostro ordinamento, da parte sua, differisce dai sistemi di tutela sovranazionale dei diritti nella misura in cui non prevede un ricorso diretto alla Corte costituzionale da parte di chi ritenga di aver subito una lesione in forza di una norma legislativa, a differenza come si è visto di quanto previsto dal sistema della Convenzione Europea e anche di quello, del tutto peculiare, della Carta Sociale Europea.

Da questo punto di vista, dunque, considerando l’eterogeneità dei meccanismi di tutela apprestati a livello europeo, lo spazio giuridico europeo amplia notevolmente, anche sotto il profilo processuale, le possibilità di tu-

---

<sup>61</sup> Per un approfondimento, si veda, in dottrina, Harris D.J., Darcy J., 2001; Benelhocine C., 2012; Cullen H., 2009, p. 61 e ss.; Churchill R.R., Khaliq U., 2004, p. 417 e ss.

<sup>62</sup> Sui due meccanismi di controllo si vedano Priore R., 2013, p. 99 ss., e Liberali B., 2013b, p. 109 ss.

tela, “bilanciando” con l’accesso diretto alla Corte Europea dei Diritti Umani e al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, le “strette” previste dall’accesso incidentale alla Corte costituzionale.

In concreto, poi, guardando a tutte le questioni, e non solo, che abbiamo appena esposto, possiamo rilevare che il tema dello spazio giuridico europeo ha assunto, quindi, una dimensione importante anche a livello processuale.

Si assiste al costante e, verrebbe da dire, quotidiano confronto tra sistemi giurisdizionali che conoscono regole e meccanismi processuali tra di loro molto diversi; un confronto che produce effetti determinanti anche in relazione ai tempi con cui certe questioni sono affrontate: talvolta prima a livello sovranazionale, beneficiando di regole processuali più morbide in materia di accesso al giudice, e solo successivamente a quello nazionale. Si pensi alla vicenda delle unioni tra persone dello stesso sesso, in cui è stata fondamentale la sentenza di condanna europea sul caso *Oliari e altri c. Italia* ai fini dell’approvazione della legge n. 76 del 2016.

Il tema dell’accesso, diretto dinanzi alla Corte Europea e “mediato” dinanzi al Giudice costituzionale, è divenuto quindi determinante rispetto ai tempi di tutela dei diritti, così come è stato oggetto di valutazioni e di un confronto serrato tra Giudice costituzionale e Giudice europeo.

Ci si riferisce alla vicenda protagonista del caso *Parrillo c. Italia* (su cui si veda, *supra*), in tema di ricerca scientifica sugli embrioni umani, in cui il Giudice europeo si è diffusamente soffermato sulle criticità del sistema nazionale di giustizia costituzionale, che spinge il cittadino a trovare giustizia altrove spostando così la sede di tutela dei diritti fondamentali dal livello nazionale a quello sovranazionale<sup>63</sup>; un livello sovranazionale, precisava però la Corte Europea, poco ascoltato dalla Corte costituzionale italiana, colpevole di dare scarso seguito alla giurisprudenza convenzionale, e che, si aggiunge in questa sede, sconta le evidenti eterogeneità tra gli effetti conseguenti alle pronunce della seconda, retroattive ed *erga omnes*, rispetto ai limiti che circondano le sentenze di condanna della prima.

Il continuo intrecciarsi delle questioni dal piano nazionale a quello so-

---

<sup>63</sup> Interessanti, da questo punto di vista, le riflessioni contenute nell’opinione concorrente alla sentenza dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov.

sovrana e viceversa, oltre ad essere sintomo delle relazioni fra Corti, codificate anche da alcune delle decisioni esaminate, stanno ad indicare come, dal punto di vista dei cittadini, lo spazio giudiziario venga percepito come complesso, ma sempre più unitario.

Se pensiamo alle grandi questioni che abbiamo descritto sopra, si può osservare, almeno con riferimento all'Italia, un crescendo di consapevolezza nell'utilizzazione complementare degli strumenti di tutela, soprattutto in relazione l'accesso al Giudice costituzionale, da un lato, e a quelli europei, dall'altro.

Così, per quanto riguarda il caso dell'esposizione del crocifisso nelle scuole, il ricorso alla Corte Europea avviene nel modo classico, e cioè dopo aver esperito tutti i gradi di giudizio e avendo preso atto dell'interpretazione, non convincente ad avviso dei ricorrenti, del principio di laicità da parte della giurisprudenza amministrativa. Tuttavia il caso arriva alla Corte Europea anche perché la nostra Corte costituzionale non dà una risposta, rifugiandosi dietro a un problema di inammissibilità della questione per inidoneità della norma oggetto, di rango secondario: non vi è chi non veda, dunque, come dietro l'attivazione del rimedio sovrana vi sia il problema di fondo della nostra giustizia costituzionale, e cioè, da un lato, la difficoltà di ricostruire un vero diritto ad accedere alla Corte costituzionale, alla luce dei poteri discrezionali in tema di non manifesta infondatezza del giudice *a quo*, dall'altro, l'assenza di un ricorso diretto da parte del cittadino.

Diverso è il caso che riguarda il problema della fecondazione assistita di tipo eterologo, vietata dalla legge n. 40 del 2004 e dichiarata incostituzionale dalla nostra Corte con la sent. n. 162 del 2014, frutto, come si è già sottolineato, di una complessa vicenda che trova spazio anche sul piano europeo. È infatti dall'Europa, e precisamente dalla prima pronuncia della Corte Europea nel famoso caso *S.H. e altri c. Austria*, che i nostri giudici *a quibus* traggono i principali argomenti per sollevare questione di legittimità costituzionale nei confronti del divieto assoluto della fecondazione eterologa sancito dall'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004.

In questa vicenda, come si è visto, è emblematico l'intreccio processuale fra i giudizi: una volta fissata l'udienza, nel settembre 2011, la Corte costituzionale rinvia d'ufficio l'udienza in attesa della pronuncia della Grande Camera sul caso che non riguardava l'Italia. Una sospensione, dunque,

anomala, non riguardando né il medesimo oggetto, né, a maggior ragione, i medesimi ricorrenti, giustificabile, però, alla luce dello spazio concesso dai giudici nazionali nelle ordinanze di rimessione ai parametri europei.

Non deve sorprendere, dunque, la decisione resa dallo stesso Giudice costituzionale dopo la pronuncia della Grande Camera, una pronuncia che mutava orientamento, assolvendo la disciplina austriaca in ragione di un richiamo al c.d. "time factor"<sup>64</sup>: anziché assumere quella decisione come punto di riferimento, insieme agli altri parametri interni, della propria pronuncia, la Corte costituzionale, con una decisione tecnicamente molto originale, rinviava gli atti ai giudici *a quibus* affinché valutassero la rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni, alla luce della sopravvenuta pronuncia europea.

Non fu facile per i giudici<sup>65</sup> risollevare le questioni per gli stessi motivi: solo in un'ordinanza, del Tribunale di Milano, assieme ai parametri interni si ribadisce anche l'incostituzionalità rispetto all'art. 117, comma primo, Cost., alla luce di una profonda e meditata lettura della decisione della Corte Europea e della valorizzazione in essa di alcuni passaggi della motivazione sulla natura delle leggi che disciplinano problemi scientifici e sul ruolo della scienza. I Tribunali di Firenze e di Catania, invece, decidono di non utilizzare più argomenti europei, concentrandosi sui parametri costituzionali nazionali, e precisamente sugli artt. 2, 3 e 32 Cost.

A partire da questa vicenda si assiste così a un'evoluzione che conduce ad una utilizzazione dello spazio giudiziario nazionale e di quello sovranazionale complementare e spesso simultanea. Da osservare che il risultato si traduce non in un conflitto o in una contraddizione, ma più spesso nel rafforzamento della risposta da parte dei giudici e in una generale pressione anche sul legislatore.

Chiarissima, sotto questo profilo, la vicenda che riguarda la richiesta delle coppie omosessuali di "sposarsi". Una richiesta a cui la Corte costituzionale risponde parzialmente con la sent. n. 138 del 2010, riconoscendo, da un lato, alla luce dell'art. 2 Cost., il diritto delle coppie omosessuali a vivere liberamente la loro condizione di coppia, ma, dall'altro lato, negando ad

<sup>64</sup> Fattore valorizzato da Liberali B., 2012, p. 1 e ss.

<sup>65</sup> Il riferimento è alle ordinanze di rimessione sollevate, rispettivamente dai Tribunali di: Catania (13 aprile 2013), Firenze (29 marzo 2013) e Milano (8 aprile 2013).

esse la possibilità, attraverso una propria decisione, di accedere all'istituto del matrimonio, riservato, a suo avviso, alle coppie eterosessuali, in virtù di una lettura "storica" dell'art. 29 Cost. All'indomani della pronuncia della Corte, in assenza di un seguito da parte del legislatore, numerose coppie omosessuali si sono rivolte direttamente alla Corte Europea, ritenendo esaurita, dal punto di vista interno, la risposta sul piano giudiziario: dopo una ulteriore decisione del Giudice costituzionale italiano relativa al c.d. divorzio imposto a seguito di rettificazione del sesso di uno dei due coniugi, che si rivolgeva senza risposta al legislatore, la Corte Europea condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, stigmatizzando l'inerzia legislativa e sottolineando che, dal punto di vista giudiziario, non si sarebbe potuto fare di più. Una pronuncia che non lascia scampo al legislatore che finalmente interviene approvando la storica "Legge Cirinnà", una legge che disciplina le unioni civili fra coppie omosessuali in modo equivalente al matrimonio, ma decide di non affrontare (per ora) il problema delle famiglie omogenitoriali. Problema che attualmente, dopo una pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale, stanno risolvendo i giudici comuni<sup>66</sup>, caso per caso, e sul quale anche la Corte Europea, di nuovo, tornerà fra poco a pronunciarsi.

Da notare che, sul piano processuale, la Corte Europea ritiene idonea per attivare il ricorso individuale una pronuncia del Giudice costituzionale italiano, emessa in un giudizio del quale i ricorrenti non facevano parte. Ciò

---

<sup>66</sup> Particolarmente significativo è stato negli ultimi anni l'apporto della giurisprudenza di merito. A voler sintetizzare per ragioni espositive, sono almeno tre i filoni di intervento su cui si stanno muovendo i giudici comuni: l'adozione ovvero l'affido da parte del *single*; l'adozione da parte di coppie composte da persone dello stesso sesso; la regolamentazione degli effetti giuridici conseguenti il ricorso, da parte di coppia dello stesso sesso ovvero di sesso diverso, alla maternità surrogata. Tra le pronunce più significative, si possono segnalare, in questa sede: la sentenza con cui il Tribunale di Roma (2014) ha consentito la c.d. second parent adoption; la pronuncia della Corte d'Appello di Torino (2014) in materia di trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato all'estero come figlio di due donne sposate in Spagna; la sentenza del Tribunale per i minorenni di Bologna (2014) che ha sollevato questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui non è consentito il riconoscimento di una adozione legittimante effettuata all'estero nell'ambito di una famiglia formata da una coppia dello stesso sesso sposata negli USA; la nota pronuncia della Corte di cassazione (2013) in tema di affidamento di un minore alla madre, omosessuale e convivente con altra donna.

a riprova dell'apertura delle vie d'accesso e della molteplice prospettiva di ricorso da parte dei cittadini.

Molto interessante, dal punto di vista processuale, si presenta il caso che riguarda l'accesso alla diagnosi preimpianto da parte delle coppie portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili ma fertili, coppie cioè che, ai sensi della lettera della legge n. 40 del 2004, non ne avrebbero avuto diritto. In questo caso i rimedi e le risposte ottenute sono addirittura tre. Innanzitutto, il riconoscimento diretto da parte del giudice comune del diritto ad accedere alle tecniche e dunque alla diagnosi preimpianto, con conseguente necessaria e problematica disapplicazione della disposizione che vieta l'accesso alle coppie non sterili o infertili; in secondo luogo, l'accertamento da parte della Corte Europea dell'irragionevolezza dell'ordinamento italiano che, da un lato, impedisce l'esame diagnostico preimpianto e, dall'altro, lato consente la diagnosi prenatale, finalizzata anche a fornire quelle stesse informazioni che consentono di scegliere se interrompere la gravidanza, in presenza di determinati requisiti connessi allo stato di salute della donna. Da ultimo, la decisione della Corte costituzionale, intervenuta nel 2015, con cui finalmente si riconosce l'incostituzionalità del divieto, con conseguente ampliamento delle coppie destinatarie delle tecniche assistite.

Come si può rilevare, anche in questo caso, il valore della pronuncia europea è andato ben oltre il caso concreto, contribuendo direttamente a irrobustire la motivazione del Giudice costituzionale.

Un esito non scontato di questa domanda a tutto tondo nei confronti dei giudici nazionali ed europei è costituito dalla pronuncia della Corte Europea sul divieto della ricerca scientifica sugli embrioni, introdotto dalla legge n. 40 del 2004.

In questo caso, una cittadina italiana si rivolge direttamente alla Corte Europea, mentre altri cittadini avevano attivato giudizi interni, sollevando questione di legittimità costituzionale.

Ci troviamo quindi in una situazione nella quale la Corte costituzionale, dinanzi alla quale era pendente un giudizio, decide di sospendere e rinviare la propria udienza in attesa della decisione europea che riguardava altro giudizio, ma avente lo stesso oggetto.

Accanto al merito del giudizio svoltosi in seno alla Corte Europea, il caso *Parrillo* ha acquisito indubbia centralità soprattutto per le affermazioni con

cui il Giudice europeo si è espresso rispetto al sistema nazionale di giustizia costituzionale e al trattamento riservato dalla Corte costituzionale italiana alla giurisprudenza convenzionale.

In punto di ammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35 CEDU, norma che come noto impone il previo esperimento delle vie di ricorso interne, la Corte Europea non soltanto ha dichiarato ricevibile il ricorso, ma lo ha fatto appuntando l'attenzione sull'inadeguatezza del sistema di giustizia costituzionale nazionale che, non prevedendo l'accesso diretto, pregiudica la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che si trova per così dire "costretto" a cercare giustizia altrove; un sistema che si caratterizza anche per la scarsa sensibilità, sostiene il giudice di Strasburgo, mostrata dalla giurisprudenza costituzionale nazionale nei confronti di quella sovranazionale europea.

Nella sentenza, la Corte Europea esamina, infatti, criticamente l'impostazione dei rapporti fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Europea. Il profilo specificamente oggetto di attenzione di quest'ultima diviene allora l'applicazione concreta della "dottrina" delle decisioni n. 348 e n. 349 del 2007, in base alla quale il Giudice costituzionale, riconoscendo alla Convenzione Europea il rango di fonte del diritto interna, "intermedia" fra i principi costituzionali e la legge ordinaria, affida al giudice comune il compito di interpretare quest'ultima in modo conforme alla Convenzione e, in caso di conflitto insuperabile, di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale. Proprio nella materia della procreazione medicalmente assistita, la Corte Europea osserva, alla luce di un'approfondita analisi delle decisioni costituzionali, come tale "dottrina", insieme all'assenza di un ricorso "diretto" del cittadino dinanzi al Giudice costituzionale, non assicura che il diritto convenzionale sia applicato e diventi dunque effettivo.

A rafforzare, poi, la conclusione secondo cui non costituisce un rimedio efficace la possibilità per il cittadino italiano di investire un giudice comune del dubbio sulla compatibilità con i principi convenzionali, secondo il Giudice europeo condurrebbe anche, e soprattutto, la recente pronuncia della

Corte costituzionale n. 49 del 2015<sup>67</sup>, in cui si afferma che i giudici comuni devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte Europea, ma solo nei casi in cui essa appaia “consolidata” oppure espressa in una “sentenza-pilota”<sup>68</sup>.

Alla luce della lettura che la Corte Europea offre della giurisprudenza italiana, costituzionale e comune, e degli effetti di tale lettura sul piano dell’ammissibilità di ricorsi come quello del caso in questione, appare infatti sempre più problematico, ma anche più ricco dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, il rapporto dei giudici italiani con quello europeo nella costruzione di uno spazio di tutela comune.

Problematico, perché non vi è chi non veda come una possibile alternativa o parallelismo nelle vie giudiziarie potrebbe condurre a conflitti, non soltanto sul piano processuale, ma anche nella valutazione concreta della pregiudizialità da parte della Corte costituzionale ovvero, anche, della Corte Europea.

Esiste, infatti, un ampio margine discrezionale nel ritenere pregiudiziale una sentenza della Corte Europea, avente a oggetto un caso concreto e la sua compatibilità con i principi convenzionali, e una decisione della Corte costituzionale, avente a oggetto una norma generale, di rango primario, e la sua conformità ai principi costituzionali, fra i quali rientra anche l’art. 117, comma primo, Cost.

Un’interpretazione non rigorosa della pregiudizialità potrebbe allora condurre ad arresti “arbitrari” del giudizio costituzionale (si pensi, ad esempio, alla restituzione ai giudici *a quibus* della questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa dopo la sentenza *S.H. e altri c. Austria* con ord. n. 150 del 2012 e alla già ricordata sospensione del giudizio costituzionale in attesa della pronuncia del giudice europeo sul caso *Parrillo c. Italia*), dall’esito incerto, soprattutto in casi nei quali le parti sono diverse e i parametri invocati dai giudici comuni non sono solo quelli convenzionali.

---

<sup>67</sup> La decisione costituzionale è stata diffusamente commentata. Tra i molti, si vedano Zagrebelsky V., 2015b, p. 1 e ss.; Sorrenti G., 2015, p. 1 e ss.; Ruggeri A., 2015, p. 1 e ss.; Conti R., 2015, p. 1 e ss.

<sup>68</sup> Per un approfondimento sulla procedura della c.d. sentenza pilota, si rinvia a Rainey B., Wicks E., Ovey C., 2012, p. 42 e ss.; Wallace S., 2011, p. 71 e ss.; Fribergh E., 2009.



Tuttavia, l'apertura della Corte Europea risulta importante per lo spazio giuridico europeo di tutela dei diritti fondamentali, perché mette in luce le carenze del nostro sistema di giustizia costituzionale incidentale, dove il "diritto" al Giudice costituzionale è solo indiretto ed eventuale. E l'insistenza su questo profilo da parte della Corte Europea impone una riflessione profonda su questa lacuna, soprattutto di fronte a questioni difficili oppure nuove. È evidente come in questi casi le chiusure anche della giurisprudenza comune nel sollevare questioni di costituzionalità costituiscano una grave limitazione della tutela dei diritti.

Affrontando, dunque, il problema nella prospettiva di una tutela convenzionale efficace, la Corte Europea mette in luce una problematica che non è nuova alle riflessioni della dottrina italiana, ma che oggi, di fronte alle inedite sfide del mondo dei diritti fondamentali, occorrerebbe sapere affrontare con maggiore determinazione.

Essa infatti ammette in modo piuttosto sorprendente il ricorso "diretto" e lo fa con un'analisi non sostanziale, ma processuale del contesto italiano, sottolineando come proprio la lacuna della giustizia costituzionale italiana, e cioè l'assenza di un ricorso diretto, comporterebbe la necessità di assicurare un'apertura maggiore alle domande dei cittadini del nostro Paese nei confronti del Giudice europeo.

Interessante, quindi, la lettura prospettica dei rimedi giudiziari da parte del Giudice europeo, che in questa occasione, forse considerando criticamente la pronuncia n. 49 del 2015 della Corte costituzionale<sup>69</sup>, non risparmia i giudici italiani, ritenendoli poco rispettosi dei principi sanciti nelle proprie pronunce.

Con la decisione sul caso *Parrillo* si toccano due profili interni problematici: l'incertezza del diritto al Giudice costituzionale, da un lato, e la mancanza di un ricorso diretto a quest'ultimo, dall'altro. Due aspetti che sin dalle origini della giustizia costituzionale italiana erano stati oggetto di riflessioni critiche da parte della dottrina e avevano costituito una delle ragioni delle aperture processuali da parte della Corte costituzionale rispetto all'accesso alla giustizia costituzionale.

---

<sup>69</sup> Rispetto alla decisione n. 49 del 2015 si vedano le significative osservazioni di Zagrebelsky V., 2015b e di Bignami M., 2015.

Non vi è chi non veda, però, come la ricchezza delle delineate possibilità di accesso a giudici nazionali e sovranazionali, che riguarda la tutela di diritti fondamentali, non sia concessa proprio a tutti: non è certo il cittadino sprovvisto a rivolgersi simultaneamente alle Corti. Le pronunce più famose e più importanti citate, a partire dalla sentenza *Oliari* in tema di matrimonio omosessuale, per proseguire con la famosa *Costa e Pavan*, sulla diagnosi preimpianto, fino alla decisione *Parrillo* appena citata in tema di libertà di ricerca scientifica sono frutto di vere e proprie “strategie giudiziarie”, condotte da gruppi di cittadini spesso supportate da associazioni<sup>70</sup>.

4. *Lo spazio nel processo: diversi motivi per agire congiuntamente.*

Se leggiamo i casi più importanti appena citati e immaginiamo, come abbiamo fatto finora, uno spazio processuale composito e comune, anche dal punto di vista della presenza nel processo e anche degli strumenti processuali utilizzati, azioni simultanee e coordinate possono risultare maggiormente incisive ed efficaci.

Questo profilo appare molto chiaro se guardiamo a due istituti che sono disciplinati e vengono utilizzati in modo molto diverso da parte del Giudice europeo rispetto a quello costituzionale italiano: mi riferisco, in particolare, ai poteri istruttori, da un lato, e all'intervento di terzi, dall'altro.

Come è noto, uno dei profili su cui la giustizia costituzionale risulta maggiormente carente è proprio quello dell'utilizzazione dei poteri istruttori, che pure sono previsti in modo chiaro e articolato dalle Norme integrative<sup>71</sup>.

Sul versante dell'utilizzo di poteri istruttori, invece, la Convenzione disegna un articolato sistema di acquisizione delle prove, comprensivo, a titolo esemplificativo: dell'acquisizione di informazioni tramite prove orali come la testimonianza; di indagini sul territorio, in situ, come i sopralluoghi, da svolgersi anche attraverso la costituzione di apposite delegazioni solitamente composte da giudici, interpreti ed esperti di settore; la produzione di documenti su iniziativa delle parti; il coinvolgimento di esperti o istituzioni chiamati ad esprimere pareri ovvero a redigere rapporti scritti su que-

---

<sup>70</sup> In argomento si veda Caielli M., 2017, p. 95 ss.

<sup>71</sup> Sui poteri istruttori si veda specificamente Groppi T., 1997, oltre che D'Amico M., 2017a.

stioni pertinenti alla causa. Particolarmente rilevante nell'impianto processuale è la costituzione delle c.d. "delegazioni", solitamente formate dopo la fase di ricevibilità del ricorso e, talvolta, in via eccezionale, anche in epoca antecedente alla decisione della Sezione sulla ricevibilità del ricorso; delegazioni deputate a raccogliere informazioni, ad assistere ad audizioni (che, anche quando condotte da una Camera, si svolgono a porte chiuse, salvo decisione contraria del presidente della camera o del capo della delegazione) e a dare esecuzione a tutti i provvedimenti istruttori utili ai fini della disamina delle questioni sottostanti il ricorso.

Da ultimo, non meno importante, quanto alle implicazioni che ne derivano in punto di valorizzazione del ruolo dispiegato dai terzi intervenienti nel giudizio, è poi la previsione (art. A1, par. 6) che attribuisce al Presidente della Camera la facoltà di invitare o autorizzare i terzi intervenienti a partecipare ad un provvedimento istruttorio.

Con riferimento, invece, agli obblighi delle parti in fase di esecuzione dei provvedimenti istruttori, l'art. A2 pone un obbligo generale di sostegno e di ausilio all'operato della Corte a cui si affiancano obbligazioni più specifiche in ipotesi di indagini da svolgere tramite delegazioni che operino sul territorio di una delle Parti contraenti<sup>72</sup>.

Quando a venire in rilievo sono questioni che coinvolgono l'acquisizione di dati e di evidenze scientifiche, sembra, quindi, di potersi riscontrare un qualche parallelismo tra il Giudice costituzionale e quello europeo: tuttavia quello che può osservarsi è che nel processo europeo la limitata attivazione dei poteri istruttori è pienamente colmata dal ruolo importante dei soggetti terzi che intervengono e a cui viene concesso molto spazio.

Per quanto riguarda l'intervento di terzi, come è noto, il nostro Giudice costituzionale ha sempre avuto un atteggiamento restrittivo: a parte poche eccezioni, giustificate o per l'eccezionalità della situazione o per il particolare rapporto del terzo interveniente con la norma impugnata, la Corte costituzionale, pur consentendo il deposito di interventi e memorie da parte di soggetti terzi, dichiara nella maggior parte dei casi il loro intervento inammissibile in udienza, non consentendo ai soggetti intervenienti di esporre oralmente la propria difesa. Questo filone giurisprudenziale è stato

---

<sup>72</sup> In tema, si veda, più diffusamente D'Amico M., 2017a.

in varie occasioni analizzato criticamente dalla dottrina, che ha messo in luce come, sia con riguardo alla piena realizzazione del diritto di difesa, sia con riguardo a una maggiore ricchezza di argomenti nel processo costituzionale, tale chiusura non si giustifichi e meriterebbe di essere profondamente ripensata<sup>73</sup>.

In ogni caso, quello che sorprende, è che la chiusura da parte del Giudice costituzionale pone sullo stesso piano interventi e posizioni che meriterebbero di essere considerati diversamente.

Sotto questo profilo, allora, e con riguardo a questioni aventi ad oggetto problemi simili o identici, appare evidente che la doppia presenza delle associazioni (spesso le stesse), sia davanti al Giudice costituzionale, sia davanti alla Corte Europea, conduca ad esiti diversi e possa essere sicuramente un'occasione in più per far sentire la propria voce.

La Corte Europea, muovendo dall'art. 36, § 2, CEDU ha così avuto modo di sottolineare che gli interventi sono e saranno ammessi solo qualora rappresentino un altro punto di vista, dicano qualcosa di nuovo rispetto al ricorso e, ancora, mettano a disposizione della Corte informazioni aggiuntive, spesso di carattere scientifico, a integrazione di quelle prodotte dalla parte ricorrente. Si vedano, in questo senso, *S. e Marper c. Regno Unito*<sup>74</sup>, in cui l'interveniente aveva fornito alla Corte alcuni dati scientifici concernenti l'utilità di database contenenti *samples* di DNA, e *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*<sup>75</sup>, in cui il ruolo dell'interveniente si è tradotto nella produzione in giudizio dei dati statistici su cui si è fondato l'accertamento della discriminazione indiretta, lesiva dell'art. 14 CEDU, ai danni della minoranza di etnia rom.

La Corte Europea, in generale, si è da sempre dimostrata più disponibile rispetto al Giudice costituzionale nell'aprire il contraddittorio a parti terze<sup>76</sup>, agevolando così l'ingresso di argomenti ulteriori, anche sul piano pro-

---

<sup>73</sup> Per tali profili si veda D'Amico M., 1991, e D'Amico M., 1997, p. 315 ss.; Romboli R., 1985; per un ulteriore approfondimento, si rinvia a Angiolini V. (ed.), 1998.

<sup>74</sup> Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, [GC], nn. 30562/04, 30566/04, 4 dicembre 2008.

<sup>75</sup> Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, [GC], n. 57325/00, 13 novembre 2007.

<sup>76</sup> Per uno studio della prassi dell'intervento del terzo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda Van den Eynde L., 2017, p. 271 e ss. Si sofferma e

batorio.

Ancora, emblematiche di questa tendenza mi sembrano le sentenze europee che riguardano temi che anche la Corte costituzionale italiana ha affrontato, come quelli della fecondazione medicalmente assistita, nelle quali vi sono interventi di società scientifiche che producono documenti scientifici ulteriori rispetto a quelli prodotti dai ricorrenti. Si ricordano, esemplificativamente, i casi decisi dalla Corte Europea *S.H. e altri c. Austria* in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo e *Parrillo c. Italia* con riguardo alla ricerca scientifica sugli embrioni umani; materie su cui si è espressa successivamente anche la Corte costituzionale, come si è già detto, con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 84 del 2016. Preme soffermarmi a questo riguardo sul ruolo svolto in questa vicenda da alcune associazioni italiane, che si sono costituite dinanzi alla Corte Europea, in ragione dell'affinità dei casi italiano ed austriaco, per compiere rilievi di carattere scientifico, svolgendo un ruolo di *amici curiae*. Tali associazioni, infatti, sono state ascoltate dalla Corte Europea in quanto gruppi portatori di diritti coinvolti nel caso, mentre analogo rilievo esse non hanno avuto nel giudizio costituzionale.

In parte diverso, ma parimenti significativo su questo terreno, è il parere reso su richiesta del Presidente della Corte europea, in qualità di *amicus curiae* nel giudizio *Berlusconi c. Italia*, dalla Commissione di Venezia, sulle garanzie procedurali minime che uno Stato deve assicurare nell'ambito di una procedura che porta i parlamentari alla decadenza dal mandato<sup>77</sup>.

Nello stesso senso, si pensi al sistema di tutela dei diritti predisposto dalla Carta Sociale Europea, laddove soggetti terzi vengono ammessi a intervenire nelle procedure avviate contro gli Stati nel ruolo di *amici curiae*.

Tale riconoscimento è sconosciuto in Italia, laddove nel giudizio di legittimità costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, deciso con sentenza n. 151 del 2009 e relativo al limite di creazione di un numero massimo di tre embrioni e all'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati, la Corte ha dichiarato inammissibile l'intervento di una serie di associazioni rappresentative di interessi legati all'oggetto della causa,

---

analizza la prassi dell'intervento del terzo dinanzi alle Corti internazionali, Kochevar S., 2013, p. 122 e ss.

<sup>77</sup> CDL-AD(2017)0255, parere n. 88/2017, Commissione Venezia, 9 ottobre 2017.

applicando il costante orientamento per cui vengono ammesse a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale solo le parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma che viene censurata.

Analogamente, infine, è accaduto nel giudizio di legittimità inerente l'impossibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio definito con sentenza n. 138 del 2010. In quest'ultimo caso non soltanto è stato dichiarato inammissibile l'intervento di un ente associativo, ma anche di alcune coppie omosessuali, rispetto alle quali non è così evidente la carenza di quell'interesse qualificato, come individuato dalla giurisprudenza costituzionale, la cui integrazione rende ammissibile l'apertura del contraddittorio.

Stessa chiusura è avvenuta nella sent. n. 162 del 2014, pur di fronte alla circostanza che in un giudizio (quello di Firenze) la coppia, separatasi dopo la sollevazione della questione di costituzionalità, non aveva più voluto costituirsi davanti alla Corte e dunque le sole associazioni avrebbero potuto difendere quella questione, che alla luce dell'autonomia dei giudizi, non veniva meno.

Risulta molto interessante dunque che non solo dal punto di vista dell'esperimento dell'azione giudiziale, ma anche e soprattutto per valorizzare la presenza di alcuni ulteriori punti di vista nel processo, una visione globale e simultanea dello spazio giudiziario europeo sia nazionale che sovranazionale consente di cogliere fino in fondo le potenzialità di tale spazio aperto.

##### *5. La concretezza dinanzi al giudice: le potenzialità del Comitato Europeo dei Diritti Sociali.*

È solo da qualche anno che in Italia si è azionato un ulteriore rimedio giurisdizionale offerto dall'Europa: il ricorso al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa, attraverso lo strumento del "reclamo collettivo". Il Comitato Europeo garantisce il rispetto della Carta Sociale Europea attraverso due strumenti di controllo, costituiti dai periodici rapporti na-

zionali inviati dagli Stati membri sullo stato di applicazione del Trattato<sup>78</sup> e dai reclami collettivi che possono essere presentati da determinate organizzazioni internazionali e nazionali, senza che esse dimostrino di essere vittime dirette delle asserite violazioni e senza che vengano previamente esperiti i rimedi giudiziari interni<sup>79</sup>.

In occasione delle tre pronunce di condanna nei confronti dello Stato italiano – le prime due, in relazione alla c.d. obiezione di coscienza nell'applicazione della legge n. 194 del 1978<sup>80</sup>, sotto profili differenti, l'ultima, con riguardo alla situazione dei c.d. giudici di pace<sup>81</sup> – si è potuta constatare l'utilità di tale ulteriore strumento.

Attraverso il reclamo collettivo, infatti, si sono potute analizzare e stigmatizzare situazioni di concrete lesioni di diritti fondamentali che gli ordinari strumenti di tutela interni non consentivano di garantire.

Si è quindi toccata con mano la possibilità, nel complesso e variegato spazio giudiziario europeo, di giudicare in ordine a violazioni concrete, come quelle che si verificano attraverso la mancata corretta applicazione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978.

Il Comitato Europeo ha condannato l'Italia non per la norma che sancisce il diritto del medico di obiettare, ma per il modo in cui essa viene in concreto applicata, giungendo di fatto ad azzerare il numero di medici che possono interrompere la gravidanza con situazioni molto diverse dal punto di vista territoriale e dell'organizzazione dei singoli ospedali. Infatti dinanzi al Comitato è possibile portare concrete situazioni e vicende, oltre che testimonianze, insomma una descrizione di fatti e vicende molto libera, che è preclusa ai nostri giudici, il cui regime delle prove è molto rigido, sia pure con prospettive diverse per ciò che riguarda la giustizia ordinaria rispetto a quella amministrativa.

Anche nel caso che ha portato alla condanna dell'Italia in ordine alla regolamentazione e alla posizione dei giudici di pace, il Comitato Europeo ha dovuto esaminare non soltanto il problema di una categoria nata come ec-

---

<sup>78</sup> Sul meccanismo di controllo relativo ai rapporti nazionali si veda Liberali B., 2013b.

<sup>79</sup> Sul meccanismo di controllo costituito dai reclami collettivi si veda Priore R., 2013.

<sup>80</sup> A commento delle due decisioni si rinvia a Busatta L., 2016, Liberali B., 2017c, p. 128 ss., oltre che a D'Amico M., 2014b, 219 ss.

<sup>81</sup> A commento della decisione sul reclamo n. 102 del 2013 si veda Biondi F., 2017.

cezionale e temporanea e trasformata, anche in virtù di proroghe legislative, in un "corpo" di giudici con funzioni identiche e in molti casi autonome e parallele rispetto alla magistratura ordinaria, ma si è anche soffermato, alla luce della documentazione prodotta nel reclamo, su specifiche situazioni, analizzandole a fondo e concretamente.

Tale profilo, ossia la concretezza è tipica anche di alcuni giudizi della Corte Europea, che può fino in fondo garantire i diritti fondamentali proprio perché può giudicare del caso concreto in modo pragmatico: si pensi alla condanna dell'Italia per la situazione carceraria, una condanna inflitta in varie occasioni e alla luce dello spazio fisico delle celle in relazione al numero di detenuti ammessi.

#### *6. I problemi aperti.*

Ragionando quindi della realtà giudiziaria europea, come quella di uno spazio aperto e composito, da valutare complessivamente, non possiamo però nascondere i problemi di fondo, dovuti, come abbiamo detto all'inizio, alla mancata attuazione dell'art. 47 della Carta europea e al ritardo nella creazione di coordinamenti processuali e sostanziali.

Il primo problema, che passa dal piano nazionale a quello europeo riguarda proprio l'accesso alle Corti: è vero che le lacune del sistema incidentale italiano, come abbiamo visto, possono essere temperate dall'accesso alla Corte Europea attraverso il ricorso individuale: ma quest'ultimo non è affatto accessibile a tutti in concreto, soprattutto dopo l'introduzione dei filtri di ammissibilità che rendono necessario oggi l'aiuto di un tecnico, che sia particolarmente esperto anche della giurisprudenza della Corte Europea di natura sia processuale che sostanziale<sup>82</sup>.

Quasi tutti i casi emblematici su cui abbiamo ragionato non sono nati per caso o spontaneamente, ma sono stati frutto di vere e proprie strategie giudiziarie che hanno coinvolto associazioni che tutelano quegli specifici diritti: dalle associazioni scientifiche in tema di procreazione assistita, alle associazioni LGBTI, alle associazioni europee e ai sindacati nazionali, per ciò che attiene all'obiezione di coscienza.

Le particolari situazioni che sono riuscite ad essere rappresentate dinan-

---

<sup>82</sup> Si veda ancora Caielli M., 2017.



zi ai giudici, dal problema dell'infertilità, a quello dei diritti lgbt, hanno anche di recente suscitato riflessioni critiche che toccano la stessa consistenza dei diritti fondamentali: ci si chiede se i diritti vadano garantiti "per forza"; se i diritti dei "gruppi" magari all'avanguardia non lascino sullo sfondo situazioni di ingiustizia sempre più profonde<sup>83</sup>. Ecco, io non credo che sia possibile che un diritto "in più" garantito tolga qualcosa a una "ingiustizia conclamata" e meritevole di tutela: è vero però che proprio la complessità di una tutela multilivello, efficace soltanto se perseguita con gli strumenti adeguati e nelle sedi corrette, spesso soltanto se simultaneamente, fa emergere la profonda lacuna nella tutela di situazioni dimenticate, magari perché meno rilevanti, ma, in ogni caso, ugualmente importanti.

Pensiamo, in Italia, a tutto il mondo della disabilità, per anni ignorato e respinto da politiche di contenimento dei costi che si sono abbattute sulle persone più fragili e che solo di recente ha cominciato a trovare voce attraverso il riconoscimento di diritti, spesso caso per caso, soprattutto da parte del giudice amministrativo italiano<sup>84</sup>.

Questo mondo comincia ora a rivolgersi anche all'Europa per chiedere giustizia<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Su questi profili, Zagrebelsky G., 2017.

<sup>84</sup> Su tali profili si vedano D'Amico M., Arconzo G., 2016, e D'Amico M., Arconzo G. (eds.), 2013.

<sup>85</sup> Si pensi al ricorso *Lupica c. Italia*, n. 59751/15, attualmente pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di dedotta violazione del diritto all'istruzione, previsto a norma dell'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU, da solo e in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, così come dell'art. 8 CEDU a motivo dell'omessa assistenza prestata alla minore, affetta da una forma di autismo, in due anni accademici della scuola primaria. Per un approfondimento sulla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di disabilità e tutela del diritto all'istruzione, si rinvia a "Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights", reperibile al seguente link: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf). Anche la giurisprudenza nazionale, costituzionale ma non solo, si sta confrontando sempre più frequentemente con il tema della disabilità e con le esigenze portate all'attenzione dalle persone con disabilità. Si pensi alle decisioni rese dalla Corte costituzionale n. 80 del 2010 in tema di istruzione e di sostegno dei minori con disabilità e n. 275 del 2016 in materia di trasporto di persone disabili e bilancio dello Stato e ad alcune recenti pronunce del giudice amministrativo (si pensi, a titolo di esempio, alla sentenza 12 aprile 2016 n. 7 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di sostegno scolastico dell'alunno disabile). In

L'altro problema della tutela composita e multilivello riguarda soprattutto la sua efficacia, per il singolo e sul piano generale: i casi citati parlano in modo molto chiaro. Spesso la pronuncia europea non ha alcun effetto sul piano nazionale, se non interviene il legislatore, che in ogni caso è vincolato soltanto politicamente, ma non sul piano giuridico (pensiamo al famoso e già citato caso *Oliari* in tema di matrimonio omosessuale, o a una problematica ancora aperta e molto discussa, come quella della maternità surrogata, decisa nei confronti dell'Italia nel caso *Paradiso e Campanelli* e di cui è chiamata a occuparsi se pure indirettamente anche la Corte costituzionale, ma affrontata dai giudici ordinari in modo non sempre lineare); in altri casi giudizio europeo e giudizio costituzionale si muovono in modo parallelo o simultaneo, ma è la Corte costituzionale ad avere l'ultima parola, pur essendo influenzata o, addirittura, ritenendosi vincolata alla decisione europea (si pensi alla problematica della fecondazione assistita di tipo eterologo fra il caso *S.H. e altri c. Austria* e la decisione n. 162 del 2014 della Corte costituzionale o al caso *Costa e Pavan* e alla sent. n. 96 del 2015 in tema di diagnosi preimpianto); in altri casi ancora la decisione della Corte Europea, pur segnando un punto fermo nel riconoscimento del diritto, deve attendere molti anni prima di trovare una (parziale) risposta: si pensi soprattutto al problema del sovraffollamento carcerario.

Ma pensiamo soprattutto alle recenti pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, in tema di obiezione di coscienza e di giudici di pace: in entrambi i casi, anche se con sfumature differenti, lo Stato italiano ha ignorato la condanna del Comitato, per sostenere che la realtà fosse diversa da quella raffigurata nel giudizio, nel caso dell'obiezione, e per promuovere una riforma in contraddizione con i principi enunciati dal Comitato, nel caso dei giudici di pace. È ovvio, però, che se le pronunce ottenute non avranno efficacia, nessuno avrà più interesse a rivolgersi a questi giudici.

### 7. I giudici e la "forza dei diritti".

Sullo sfondo della complessa trama che abbiamo esposto sta ovviamente il ruolo necessariamente protagonista e centrale del giudice, un ruolo

---

dottrina, con specifico riferimento al tema della tutela della persona disabile nel contesto universitario, si veda D'Amico M., Arconzo G. (eds.), 2013.

Italian Review of Legal History, 3 (2017), n. 11, pag. 1-66.

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 227/2015

Contatti: via Festa del Perdono 7 - 20122 Milano - [segreteria@irlh.unimi.it](mailto:segreteria@irlh.unimi.it)

che proprio di recente si comincia a mettere in discussione<sup>86</sup>. Eppure non vi è chi non veda come la consistenza dei “nuovi” diritti non possa nemmeno essere pensata, se non avessimo giudici, diversi<sup>87</sup> e a livelli differenti, che consentono di riconoscerla e garantirla.

Un giudice che non ambisce a sostituirsi al legislatore, ma che è costretto a farlo, e a farlo sempre più spesso: non è, sotto questo profilo, soltanto un problema di crisi della rappresentanza politica. Più spesso è un problema dovuto alla complessità e alla radicalità delle sfide che la società ci pone: sfide che difficilmente possono essere risolte dalla legge, su un piano generale.

Negli anni più recenti abbiamo assistito alla totale incapacità della politica (almeno italiana, ma non solo) di rispondere a situazioni dove è protagonista la “Scienza”.

Ma ancora, tutte le problematiche che coinvolgono l’incontro e lo scontro fra culture diverse, rifuggono da soluzioni totalizzanti e spesso richiedono quel bilanciamento e quel ragionamento che soltanto un giudice riesce a fare<sup>88</sup>.

Allo stesso modo, tutte le tematiche che vengono definite “eticamente sensibili” pongono notevoli problematiche per il legislatore, spesso restio a

---

<sup>86</sup> Si vedano le significative considerazioni svolte da Zanon N., 2015, p. 919 ss.; Cassese S., 2015; Zagrebelsky G., 2017.

<sup>87</sup> Si pensi oltre alla distinzione tra giudici costituzionali e sovranazionali, tra giudici di merito e legittimità, anche al ruolo sempre più centrale che ha assunto, accanto al giudice ordinario, il giudice amministrativo nelle delicate questioni del c.d. fine vita. Emblematica, in questo senso, la vicenda che ha interessato il seguito della pronuncia della Suprema Corte di cassazione (sent. n. 21748/2007) sul c.d. caso Englaro e che ha visto il TAR Lombardia (sent. n. 650/2016) condannare Regione Lombardia al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, in favore di Beppino Englaro per aver ostacolato l’interruzione dei presidi di alimentazione ed idratazione artificiale come aveva stabilito la Corte di Appello di Milano con decreto del 9 luglio 2008. Sul tema si era in precedenza pronunciato anche il Consiglio di Stato, in sede di appello, con sentenza n. 04460/2014. Analogamente, lo stesso può dirsi con riferimento al tema della rappresentanza politica femminile; il riferimento è, in particolare, alla giurisprudenza sul riequilibrio di genere nelle Giunte degli enti locali. Per un approfondimento, D’Amico M., 2016a e D’Amico M. 2017b.

<sup>88</sup> Sul ruolo del giudice di fronte ai c.d. conflitti culturali, si veda Ruggiu I., 2012. In tema di multiculturalismo in una prospettiva costituzionale e sovranazionale, si veda Nardocci C., 2016.

disciplinarne i confini, e, di conseguenza, per i giudici, chiamati in molti casi a decidere senza una disciplina di riferimento.

In questo quadro, è evidente che l'irrobustirsi dello spazio europeo nella tutela dei diritti fondamentali, da realizzarsi con l'interpretazione conforme dei giudici comuni e con il ricorso non solo alle Corti nazionali, ma anche a quelle europee, costituisce un'opportunità in più per la garanzia dei diritti.

La dimensione sovranazionale rappresenta anche in tutti gli altri casi che si sono presi in considerazione un punto di riferimento ormai imprescindibile, sia nel caso in cui il Giudice delle Leggi decida di aderire all'impostazione delineata a livello sovranazionale, sia in caso contrario<sup>89</sup>.

Da questi esempi emerge, infatti, quanto sia importante la formazione di una sorta di "agorà europea" dei diritti stessi, di regole comuni, anche costruite in via giurisprudenziale, per tutelare i singoli individui nel godimento dei loro diritti. Anche perché gli individui (e non solo, anche i beni e i servizi) circolano nello spazio europeo, dunque il riconoscimento di un nucleo uniforme nella tutela di certi diritti e la presenza di regole comuni sono divenuti imprescindibili per evitare incoerenze innegabili (si pensi alle coppie omosessuali, che si sposano in un Paese europeo in cui il matrimonio è per loro possibile<sup>90</sup>, o alle cellule staminali, prodotte legittimamente in certi Stati e poi commercializzate in altri Stati).

Tuttavia, la "chance" in più per i diritti dello spazio europeo può rivelarsi problematica e contraddittoria, se non si approfondisce l'analisi dei casi.

---

<sup>89</sup> Si collega a questo tema quello degli effetti che le decisioni assunte a livello sovranazionale dispiegano sul piano dell'ordinamento interno così come dimostrano ampiamente i casi analizzati. Per un'indagine analitica della posizione del Giudice costituzionale rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, più di ogni altra, ha assunto una posizione di particolare centralità quanto alla tutela dei diritti fondamentali, specie quando si tratti di diritti "nuovi", si veda Groppi T., 2016 e, sebbene su altra vicenda – si trattava del caso sfociato nella decisione costituzionale n. 238 del 2014 – Groppi T., 2015.

<sup>90</sup> Si consideri, in proposito, che è attualmente pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo un ricorso, presentato da alcune coppie dello stesso sesso di cittadini italiani sposate all'estero, che lamentano l'impossibilità di ottenere la trascrizione del matrimonio entro l'ordinamento giuridico italiano in epoca precedente all'entrata in vigore della c.d. legge Cirinnà. Il caso *Orlandi e altri c. Italia*, nn. 26431/12 26742/12 44057/12 60088/12, dovrebbe essere deciso entro l'anno.

La vicenda del crocifisso da questo punto di vista, è emblematica. Per anni, infatti, si è creduto che la laicità europea fosse alla “francese”, ossia nella sua accezione negativa intesa come indifferenza dello Stato rispetto al fenomeno religioso, e ci si è giustamente rifiutati di inserire il riferimento alle radici cristiane nel preambolo del Trattato costituzionale dell’Unione Europea e poi, con una sola sentenza – non priva di criticità – la Corte Europea riconosce piena autonomia agli Stati, arretrando rispetto al possibile ruolo di Corte detentrica “dell’ultima parola” in tema di diritti fondamentali europei<sup>91</sup>.

Così, la vicenda della fecondazione assistita ha mostrato indubbi profili di contraddittorietà, ponendo in rilievo in modo del tutto peculiare i rapporti che necessariamente collegano le Corti.

Ancora più problematico, da ultimo, il silenzio delle istituzioni italiane di fronte alla condanna europea sull’obiezione di coscienza rispetto ai diritti delle donne e dei medici non obiettori di coscienza.

In conclusione, lo spazio di tutela complessa e multilivello, nazionale ed europea, è però insufficiente se non interviene la politica<sup>92</sup>.

La contraddizione, le luci ed ombre dello spazio giudiziario europeo e del rapporto fra Corti costituzionali (nazionali ed europee) e gli stessi giudici comuni sono e saranno inappaganti se la tutela dei diritti fondamentali sarà affidata soltanto ai giudici; se la politica, almeno per quanto concerne l’Italia, non fa il suo mestiere, o lo fa male, o, come accade a livello dell’Unione Europea, è inesistente, poiché mancano le competenze (ma forse col Trattato di Lisbona, che consente l’adesione dell’Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, potrebbero aprirsi nuovi scenari).

Torniamo alle vicende giudiziarie: nel caso del crocifisso, l’interferenza della gerarchia ecclesiastica e la pretesa che il crocifisso diventi simbolo culturale, pur di mantenerlo esposto in un luogo pubblico, nella scuola

---

<sup>91</sup> In senso analogo, muove anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul c.d. velo islamico, come testimoniano la nota pronuncia resa sul caso *Sas c. Francia* ([GC], n. 43835/11, 1 luglio 2014) e le più recenti *Dakir c. Belgio* ([Seconda Sezione], n. 4619/12, 11 luglio 2017) e *Belcacemi e Oussar c. Belgio* ([Seconda Sezione], n. 37798/13, 11 luglio 2017).

<sup>92</sup> Un’interessante analisi delle questioni di inizio e di fine vita e del problematico rapporto tra legislatore e giudici è stato sviluppato da Patroni Griffi A., 2017.

pubblica, è indice della debolezza della politica italiana e della sua rinuncia al principio di laicità costituzionale (una laicità che significa uguaglianza di tutte le religioni e separazione dell'ordine religioso e temporale, come ci insegna la Corte costituzionale sin dalla decisione n. 203 del 1989).

Nel caso della fecondazione eterologa sarebbe bastata la volontà di superare le discriminazioni fra coppie eterosessuali con l'approvazione di una modifica dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 mettendo fine all'esilio procreativo delle coppie che non potevano risolvere i loro problemi di sterilità, se non con la donazione dei gameti, consentita all'estero.

Nella decisione n. 162 del 2014, la Corte costituzionale si esprime sul punto in modo chiaro, riconoscendo che si tratta di questioni complesse, che investono "materie eticamente sensibili"; ossia materie, dice la Corte, che spetta innanzitutto e in primo luogo al legislatore disciplinare. E tuttavia, nel caso in cui il legislatore non voglia o intervenga male, ecco che il Giudice costituzionale può esercitare il proprio ruolo fino in fondo. Lo stesso è accaduto in occasione della decisione costituzionale n. 96 del 2015 in tema di accesso alle tecniche di procreazione artificiale da parte di coppie fertili ma portatrici sane di patologie a trasmissione genetica.

Così, nel caso del matrimonio omosessuale sarebbe stato inizialmente sufficiente rileggere e prendere sul serio il monito chiarissimo che la Corte costituzionale rivolge al legislatore nella sentenza n. 138 del 2010 per poi ribadirlo con la decisione n. 170 del 2014.

Più simile alle vicende che hanno interessato la legge in materia di fecondazione medicalmente assistita è quella che ha investito la citata questione del cognome materno, in cui, ancora una volta, al silenzio del legislatore nazionale hanno fatto seguito, nel tentativo di supplirne l'inerzia, dapprima la condanna europea e poi la recente decisione di incostituzionalità.

Si sono iniziate queste riflessioni, affermando che la tutela è complessa e che, spesso, sono i casi attraverso i giudici a "fare parlare" la società.

Verrebbe allora da dire che è la stessa forza delle cose a portare i cittadini davanti ai giudici, nazionali e/o sovranazionali, e a sollecitarne l'intervento di fronte a una politica assente o ancora indietro rispetto a bisogni che si affacciano dapprima timidamente per poi richiedere soluzioni tempestive.

Una forza delle cose, insomma, a cui il diritto e la politica si devono adeguare, rendendo meno caotico quello spazio giudiziario europeo, che pure

esiste, ma restituendo ai cittadini quella certezza del diritto che troppo spesso, come dimostrano i casi, è stata lasciata indietro sacrificata all'impotenza di un legislatore inerte.

In definitiva, paiono trovare conferma nel percorso tracciato quelle intuizioni profonde con le quali P. Grossi apriva il suo volume "L'Europa del diritto"<sup>93</sup>: "Il diritto rivela il suo carattere di realtà affiorante alla superficie della quotidianità dalle radici profonde di una civiltà e pertanto capace di esprimerla nella sua cifra più genuina; rivelando altresì – in grazia di questa capacità – la possibile sua autonomia dalle scelte contingenti del potere politico ", riconoscendo in modo chiarissimo che "il diritto appartiene alla società e quindi alla vita (...)" ed è insomma identificabile "in un vero autosalvataggio della società". Il cammino delle situazioni descritte nelle nostre riflessioni e la strutturazione di uno spazio complesso, ma reale, di diritti e di diritto nell'Europa di oggi sembrano confermare questa visione e, contemporaneamente, portare un messaggio positivo per il futuro dell'Europa.

#### BIBLIOGRAFIA FINALE

Angiolini V. (ed.), 1998: *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi, Atti del seminario svoltosi a Milano il 16 e 17 maggio 1997* (Quaderni de "Il Gruppo di Pisa"), Torino, Giappichelli

Azzariti G., 2013: *A proposito di decadenza del parlamentare e della – presunta – legittimazione della Giunta delle elezioni a sollevare questione di legittimità costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

Bamforth N., 2011: *Families But Not (Yet) Marriages? Same-Sex Partners and the Developing European Convention 'Margin of Appreciation'*, in "Child and Family Law Quarterly"

Benelhocine C., 2012: *The European Social Charter*, Council of Europe, Publishing Edition

Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (eds.), 2001: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino.

Bignami M., 2015: *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

---

<sup>93</sup> Cfr. Grossi P., 2007, p. 5.

Bilancia P., D'Amico M. (eds.), 2009: *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè

Biondi F., 2013: *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in "Riv. del Gruppo di Pisa"

Biondi F., 2014: *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto"*, in "Quad. cost."

Biondi F., 2017: *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), II

Bissaro S., 2017: *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU. Una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in "Rivista AIC", 2

Blauwhoff R., Frohn L., 2016: *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Springer

Boele-Woelki K., Fuchs A. (eds.), 2017: *Same-Sex Relationships and Beyond*, Londra, Intersentia

Buffone G., Gattuso M., Winkler M.M., 2017: *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, Giuffrè

Busatta L., 2016: *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in "Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine", II

Caielli M., 2017: *Il Public Interest Law Movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, in A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (eds.), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, FrancoAngeli

Caravita B., 2017: *Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

Cartabia M., 2005a: *'Unità nella diversità': il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in "Diritto dell'Unione Europea", III

Cartabia M., 2005b: *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*.



*La ratifica*, in "Foro it.", I

Cartabia M., 2010: *Trattato di Lisbona. I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in "Giornale di dir. amm.", III

Cartabia M., 2015: *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in "Rivista trim. dir. pubbl.", I

Cassese S., 2015: *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli

Catalano S., 2017: *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in "Riv. del Gruppo di Pisa"

Churchill R.R., Khaliq U., 2004: *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, in "European Journal of International Law"

Conti R., 2015: *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in "Giur. cost."

Costanzo P., Mezzetti L., Ruggeri A., 2014: *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli.

Crivelli E., 2016: *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Cullen H., 2009: *The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights*, in "Human Rights Law Review"

D'Amico M., 1991: *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli

D'Amico M., 1997: *Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale*, in "Foro it."

D'Amico M., 2006a: *Il principio di legalità penale tra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. Zanon (eds.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Ed. Scientifiche

D'Amico M., 2006b: *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (eds.), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet

D'Amico M., 2009: *Trattato di Lisbona, diritti e 'tono costituzionale'*, in M. D'Amico, P. Bilancia (eds.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè

D'Amico M., 2010: *Una decisione ambigua*, in "Notizie di Politeia", n. 100

D'Amico M., 2014a: *Diritti LGBT e 'nuove famiglie' in Italia*, in M. D'Amico, C. Nardocci, M. Winkler (eds.), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, FrancoAngeli

D'Amico M., 2014b: *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'Amico, G. Guiglia (eds.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

D'Amico M., 2015: *La Corte europea come giudice 'unico' dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

D'Amico M., 2016a: *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, FrancoAngeli

D'Amico M., 2016b: *Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in M. D'Amico, B. Liberali (eds.), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

D'Amico M., 2016c: *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

D'Amico M., 2017a: *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni, Relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 9 e 10 giugno 2017, Università degli Studi di Milano, su «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni»*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

D'Amico M., 2017b: *La rappresentanza di genere nelle istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, in M. D'Amico, S. Leone (eds.), *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione

D'Amico M., Arconzo G. (eds.), 2013: *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, FrancoAngeli

D'Amico M., Arconzo G., 2016: *I diritti delle persone con disabilità grave*.

*osservazioni al d.d.l. a.s. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto 'dopo di noi', in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), I*

D'Amico M., Liberali B. (eds.), 2012a: *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, FrancoAngeli

D'Amico M., Liberali B. (eds.), 2012b: *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, Milano, FrancoAngeli

Dell'Utri M., 2010: *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in "Giurisprudenza di merito", II

Della Bella S., 2014: *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Della Morte G., 2013: *La situazione carceraria italiana viola 'strutturalmente' gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza 'Torreggiani c. Italia')*, in "Diritti umani e diritto internazionale"

Dolcini E., 2006: *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in "Rivista it. dir. e proc. pen."

Dolcini E., 2013: *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in "Riv. It. Dir. Proc. Pen."

Eder M., 2016: *Parillo v. Italy: ECHR Allows States to Interfere with Individuals' Admittedly Private Lives Recent Developments*, in "Tulane Journal of International and Comparative Law"

Ergas Y., 2013: *Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy*, in "Emory International Law Review"

Ferrajoli L., 2015: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, Laterza

Fiorita N., 2005: "La questione del crocifisso nella giurisprudenza del terzo millennio (dalla sentenza 439/2000 della Corte di Cassazione alla sentenza 1110 del Tar Veneto)", in [www.olir.it](http://www.olir.it).

Fribergh E., 2009: *The Pilot-Judgment Procedure: Information note issued by the Registrar*, in [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information\\_Note\\_on\\_the\\_PJP\\_for\\_Website.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf).

Gambardella M., 2014: *'Legge Severino' in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 Cedu)*, in "Archiv-

vio penale", 1

Giles J., Lee S., 2016: *Parrillo v Italy: is there life in the European Court of Human Rights?* in "Oxford Journal of Law and Religion"

Groppi T., 1997: *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè

Groppi T., 2015: *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in "Giur.cost."

Groppi T., 2016: *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Une recherche empirique – La giurisprudenza di Strasburgo nelle decisioni della Corte costituzionale italiana. La ricerca empirica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

Grossi P., 2007: *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza

Guarini C.P., 2016: *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I sezione civile*, in "Rivista AIC", 2

Harris D.J., Darcy J., 2001: *European Social Charter*, Hotei Publishing

Hodson L., 2011: *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in "Human Rights Law Review"

Imarisio L., 2013: *Il registro delle unioni civili* (Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania 7-8 giugno 2013 "La famiglia davanti ai suoi giudici"), in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

Itzcovich G., 2013: *One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case*, in "Human Rights Law Review"

Rainey B., Wicks E., Ovey C., 2012: *Jacobs, White, Obey, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press

Kochevar S., 2013: *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, in "Yale Law Journal"

Lagrotta I., 2006: *Brevi spunti di riflessione alla luce della decisione del Consiglio di Stato n. 556/2006 relativa alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche*, in "Rivista Aic"

Lariccia S., 2004: *A ciascuno il suo: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, in "Giur. cost."

Lenti L., 2015: *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in "Quaderni costituzionali"

Liberali B., 2012: *Il margine di apprezzamento riservato agli stati e il c.d. time factor. Osservazioni a margine della decisione della grande camera resa contro l'Austria*, in "Rivista AIC"

Liberali B., 2013a: *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

Liberali B. 2013b: *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: il sistema dei rapporti nazionali*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (eds.), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Liberali B., 2017a: *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè

Liberali B., 2017b: *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), XVII

Liberali B., 2017c: *Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali e la salute quale fattore di discriminazione multipla*, in M. D'Amico, F. Biondi (eds.), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, FrancoAngeli

Lippolis v. 2017: *Gli effetti del processo di integrazione europea sul Parlamento italiano, Relazione al convegno "Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma"*, Università degli Studi di Catania, 31 marzo e 1 aprile 2017, in "Rivista AIC"

Lorubbio V., 2017: *L'interesse superiore del minore come overruling 'occulto'? A proposito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.) Paradiso e Campanelli c. Italia*, in "Diritti comparati"

Malfatti E., 2012: *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

Malfatti E., 2017: *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la 'cornice' (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

Mancini S., 2011: *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, in "Quaderni Costituzionali"

Martinelli C. (ed.), 2017: *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, 2017, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore

Mazza O., 2014: *Introduzione ad un dibattito su "retroattività e 'legge Severino'"*, in "Archivio penale", 1

Nardocci C., 2011: *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in "Forum Quaderni Costituzionali"

Nardocci C., 2013: *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in "Rivista AIC"

Nardocci C., 2014a: *La Corte costituzionale decide per l'incostituzionalità della fecondazione eterologa e sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (eds.), *L'illegittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa : analisi critica e materiali*, Milano, FrancoAngeli

Nardocci C., 2014b: *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 279 del 2013*, in "Rivista AIC", 1

Nardocci C., 2015: *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

Nardocci C., 2016: *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica

Nardocci C., 2017: *Sull'(in)convenzionalità dell'incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it)

Niccolai S., 2014: *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in "Quaderni costituzionali"

Padoa Schioppa A., 2002: *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno"

Panzerà C., 2016: *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale Europea*, in C. Panzerà, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (eds.), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, Editoriale Scientifica

Patroni Griffi A., 2017: *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica

Pellizzone I., 2015: *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

Pinelli C., 2011: *Esposizione del crocifisso e libertà di religione (Oss. a Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande Chambre, Lautsi e altri c. Italia, 18 marzo 2011)*, in "Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa"

Pitea C., 2014: *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza "Cusan e Fazzo c. Italia" e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno*, in "Diritti umani e diritto internazionale"

Pizzorusso A., 2002: *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino

Plastina N., 2009: *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo per insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in "Cass. pen.", XII

Poli L., 2015: *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in "BioLaw Journal"

Priore R., 2013: *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: la procedura dei reclami collettivi*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (eds.), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane

Pugiotto A., 2005: *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in "Diritto e Giustizia"

Pugiotto A., 2010: *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

Ragni C., 2010: *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in "Diritti umani e diritto internazionale"

Randazzo B., 2017: *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione 'sorrette' da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in "Rivista AIC", 1

Rein Lescastereyres I., 2015: *Recognition of the parent-child relationship*



- as a result of surrogacy and the best interest of the child*, in "ERA Forum"
- Rescigno F. (ed.), 2016: *Percorsi di eguaglianza*, Torino, Giappichelli
- Rivosecchi G., 2017: 'Legge Severino', *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in "Giur. Cost.", fasc. 2
- Romboli R., 1985: *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè
- Romboli R., 2010: *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in "Foro it.", V
- Romboli R., 2014: *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in "Foro it.", I
- Ruggeri A., 2011: 'Famiglie' di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)
- Ruggeri A., 2012: *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in "Consulta online"
- Ruggeri A., 2013a: *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)
- Ruggeri A., 2013b: *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta.it*
- Ruggeri A., 2014: *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- Ruggeri A., 2015: *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in "Diritto Penale Contemporaneo"
- Ruggeri A., 2016: *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in "Consulta Online"
- Ruggeri A., 2017: *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)
- Ruggiu I., 2011: *Il crocifisso come simbolo 'passivo' nella Lautsi II: rifles-*



*sioni sulle tecniche argomentative dei giudici nei conflitti multiculturali e religiosi*, in "Diritti comparati"

Ruggiu I., 2012: *Il giudice antropologo*, Milano, FrancoAngeli

Sanger C., 2007: *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby*, in "Harvard Journal of Law & Gender"

Scaffidi Runchella L., 2016: *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

Sorrenti G., 2015: *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in "Forum di Quaderni Costituzionali"

Storti C. (eds.), 2016: *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli

Temperman J. (ed.), 2012: *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the public school classroom*, Boston, Martinus Nijhoff

Tigano V., 2010: *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in "Rivista it. dir. e proc. pen.", IV

Torretta P., 2015: *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, Ed. Scientifica

Tripodina C., 2013: *Esiste in Italia un diritto al figlio sano? (Riflessioni a margine della causa "Costa et Pavan vs Italia")*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo"

Van den Eynde L., 2017: *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights*, in "Netherlands Quarterly of Human Rights"

Vanoni L.P., 2013: *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, Giuffrè

Veronesi P., 2005: "La Corte costituzionale, il Tar e il crocifisso: il seguito dell'ordinanza n.389/2004", in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

Viganò F., 2017: *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, già pubblicato in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), e in corso di pubblicazione in S. Tordini (eds.), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità, Atti del convegno su "Giurisprudenza legalità e diritto penale" – Università degli Studi di Bologna 5 novembre 2015*, Bologna, Bup Editore

Wallace S., 2011: *Much ado about nothing: the pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights*, in "European Human Rights Law Review"

Weiler J.H.H., 1995: *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in "European law journal"

Zagrebelsky G., 2017: *Diritti per forza*, Torino, Einaudi

Zagrebelsky V., 2015a: *Parrillo c. Italia'. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in "Diritti umani e diritto internazionale"

Zagrebelsky V., 2015b: *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in "Rivista AIC"

Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L., 2016: *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino

Zanon N., 2015: *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in "Quad. cost.", IV

Ziller J., 2009: *Dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa al trattato di Lisbona*, in M. D'Amico, P. Bilancia (eds.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè

Zucca L., 2012: *Lautsi: A Commentary of the Grand Chamber Decision*, in "International Journal of Constitutional Law"